



Vânia Raquel Oliveira Cruz

# **O ABUSO DE DIREITO NA INVOCAÇÃO DA NÃO COMUNICAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

Dissertação para Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas na Faculdade de Direito da  
Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Maria Raquel Guimarães

**Porto, Julho de 2015**

## Resumo

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que entre nós instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, consagra desde a sua versão inicial, nos artigos 4.º a 9.º, regras destinadas a operar um controlo ao nível da inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares.

No domínio daquelas regras, mais concretamente no artigo. 5.º, previu o legislador a comunicação de cláusulas contratuais gerais segundo um procedimento capaz de possibilitar ao futuro aderente o seu conhecimento completo e efectivo sob pena de exclusão do contrato nos termos do artigo 8.º, alínea *a)*, do mesmo diploma.

Apesar da aparente simplicidade que a questão oferece, os nossos tribunais têm todavia emitido decisões divergentes nesta matéria, com base no comportamento revelado pelo aderente já no momento posterior à conclusão do contrato, em plena fase de execução.

O objectivo deste estudo é o de determinar se age em abuso de direito, *maxime* na modalidade de *venire contra factum proprium*, o aderente que, cumprindo durante certo lapso de tempo e de forma reiterada o contrato celebrado, se apresenta em juízo a invocar a não comunicação de cláusulas contratuais gerais.

**Palavras-chave:** cláusulas contratuais gerais, ónus de comunicação, abuso de direito, *venire contra factum proprium*.

## Abstract

The portuguese Decreto-Lei n.º 446/85, dated October 25, which establishes the legal regime of general contract terms, includes since its initial version in Articles 4th to 9th, rules destined to operate a control towards the inclusion of general contract terms in individual contracts.

In the domain of those rules, more specifically in Article 5th, the portuguese legislator has foreseen the communication of general contract terms according to a procedure capable of making possible its complete and effective knowledge to the future counterparty of the terms supplier, under the sanction of its exclusion in the terms of article 8th, alínea *a)*, of the same diploma.

Despite the apparent simplicity that the issue offers, portuguese courts have however issued conflicting decisions on this matter, based on the behavior revealed by the counterparty of the terms supplier already in the time after the conclusion of the contract, in full execution phase.

The purpose of this study is to determine whether the counterparty of the terms supplier, who repeatedly complies the contract for a certain period of time, abuses of its rights, by *venire contra factum proprium*, when appears in court to invoke the fact of non communication of general contract terms.

**Key-words:** general contract terms, onus of communication, abuse of rights, *venire contra factum proprium*.

## Sumário

Introdução.....	5
1. Da problemática das cláusulas contratuais gerais.....	8
2. O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.....	12
2.1. A necessária intervenção do legislador no plano da formação do contrato.....	12
2.2. Sobre a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares.....	16
2.2.1. A (ir)relevância das cláusulas no período anterior à aceitação.....	16
2.2.2. Regras de controlo.....	19
3. Da comunicação: o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.....	21
3.1. Conteúdo, natureza e objectivo.....	21
3.2. Distinção face ao dever de informação.....	26
3.3. Ónus da prova da comunicação e ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais.....	27
3.4. Consequência jurídica da não comunicação de cláusulas contratuais gerais.....	31
4. A invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais: abuso de direito?.....	33
4.1. A divergência jurisprudencial.....	34
4.2. O artigo 334.º do Código Civil.....	36
5. O decurso do tempo e a reiteração no cumprimento do contrato.....	40
5.1. A pretensa conformação do aderente com o teor de cláusulas contratuais gerais não comunicadas.....	40
5.2. Posse física de um exemplar do contrato.....	44
6. A tutela da confiança da parte utilizadora de cláusulas contratuais gerais.....	47
7. Posição adoptada. A legitimidade do comportamento do aderente e a insusceptibilidade da sua recondução aos quadros do abuso de direito. Excepções.....	51
Conclusões.....	55
Bibliografia.....	56
Recolha jurisprudencial.....	59

## **Introdução**

Os problemas que o recurso a cláusulas contratuais gerais convoca não se relacionam em exclusivo com a possibilidade de abuso pelo predisponente da ampla liberdade de conformação do conteúdo contratual que neste domínio se lhe reconhece.

A utilização deste tipo de esquema negocial encerra ainda problemas ao nível da formação da vontade, derivados de uma frequente falta de conhecimento do aderente sobre a existência e o conteúdo das cláusulas que passarão a integrar e a reger o contrato, atentas as características e as circunstâncias que ladeiam e são inerentes a este modo de contratação típico das sociedades actuais.

Na realidade, o ritmo acelerado, a intensidade e a instantaneidade com que hoje são celebrados um elevado número de contratos baseados em cláusulas contratuais gerais torna difícil (ou quase impossível) uma efectiva e consciente tomada de conhecimento sobre todos os aspectos do projecto contratual.

Apesar de continuarem perfeitamente aplicáveis, as regras do direito comum relativas à formação do negócio jurídico não se afiguram como suficientes para a regulação deste particular e específico fenómeno, que de si reclama, logo neste plano, uma intervenção de cunho específico de molde a garantir a tutela da vontade do destinatário de tais cláusulas, futuro aderente.

Enquanto regime especial, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, prevê nos seus artigos 4.º a 9.º, medidas tendentes a operar um controlo no tocante à inclusão de cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares. Esta iniciativa do legislador português, que não tem de resto paralelo na Directiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas, tem por objectivo garantir que ao futuro aderente é possibilitado o conhecimento da existência e do conteúdo daquelas cláusulas, contribuindo, deste modo, para uma correcta formação da vontade daquele que, em princípio, se apresenta como parte mais débil da relação contratual.

De particular relevância se mostra o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, relativo à comunicação de cláusulas contratuais gerais, segundo o qual as cláusulas devem ser comunicadas observado um determinado procedimento capaz de possibilitar à parte que a elas se limita a aderir o seu efectivo e completo conhecimento.

Configurando a “comunicação” um ónus do predisponente, precisa-se que também a

ele lhe incumbe a prova de que a mesma ocorreu com estrita observância das exigências postas pelo legislador (cf. art. 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85). Não sendo esta regra observada, e, designadamente, não logrando o predisponente prova da comunicação, as cláusulas contratuais gerais não comunicadas (ou comunicadas mas sem respeito pela regra da comunicação) ter-se-ão por excluídas nos termos do artigo 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 446/85.

Aparentemente idónea a conduzir à exclusão de cláusulas contratuais gerais que lhe não hajam sido efectivamente comunicadas, a alegação, pelo aderente, da inobservância da regra da comunicação plasmada no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, ocorre, porém, com particular frequência, depois de decorrido um período temporal considerável sobre a celebração do contrato, num momento avançado da fase de execução contratual.

Da análise da nossa jurisprudência, constatamos que em alguns casos esta invocação (tida por “tardia”) tem sido não raramente paralisaada pela figura do abuso de direito, entendendo-se que o comportamento daquele que invoca a violação do ónus de comunicação decorrido certo tempo sobre a celebração do contrato consubstancia um autêntico *venire contra factum proprium*. Entre os argumentos aduzidos para sustentar uma tal posição encontram-se a irrazoabilidade do comportamento do aderente que, quando possui cópia do contrato, só por inércia não se presta à leitura das cláusulas contratuais que o integram, bem como a convicção de que o aderente que cumpre de modo reiterado durante um período de tempo o contrato assim celebrado, sem que a comunicação das cláusulas contratuais gerais tenha ocorrido, o faz porque se conformou com o teor daquelas mesmas cláusulas.

Não sendo esta a única orientação perfilhada pelos nossos tribunais, e parecendo-nos, também, que aquele entendimento não se afigura o mais consentâneo com os dados que se nos oferecem, propomo-nos analisar a questão atinente à invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais e a sua recondução ao domínio do artigo 334.º do Código Civil considerada a divergência jurisprudencial. Porém, não sem antes procurar compreender quais as razões que levaram o legislador a consagrar entre nós um controlo de inclusão, *maxime*, este ónus de comunicação.

Depois de uma breve referência à problemática subjacente às cláusulas contratuais gerais, considera-se para tanto, num primeiro momento, o fundamento da necessária intervenção do legislador através Decreto-Lei n.º 446/85 no plano da formação do contrato,

dá-se nota da (ir)relevância das cláusulas contratuais gerais no período prévio à sua integração no concreto contrato por via da aceitação, destaca-se a consagração de regras adicionais de controlo a este nível.

Na análise do artigo 5.º do citado diploma, indicam-se os objectivos e fundamentos subjacentes à consagração deste ónus de comunicação, aí se densificando em que se traduz a possibilidade de “conhecimento completo e efectivo” das cláusulas contratuais gerais por referência ao padrão de um aderente de “comum diligência”. Traça-se a diferença com o “dever de comunicação” do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, e aponta-se, ainda, a distinção ensaiada pela doutrina e jurisprudência entre ónus da prova da comunicação e ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais. Refere-se qual a consequência jurídica que resulta da não comunicação.

Avança-se para o problema central. Questiona-se da (im)possibilidade de a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais pelo aderente consubstanciar um comportamento abusivo, considerada a divergência jurisprudencial e analisando-se os principais argumentos aduzidos pelas nossas instâncias, feita a precisão de que o critério do abuso de direito deve apoiar-se numa concepção verdadeiramente objectiva.

Toma-se finalmente posição pela legitimidade do comportamento do aderente em invocar a não comunicação de cláusulas contratuais gerais em momento muito posterior à conclusão do contrato e pela impossibilidade da sua recondução aos quadros do abuso de direito, sempre que com tal alegação o aderente ainda se determine pela afirmação do interesse que subjaz ao reconhecimento desse direito: o de obviar à inclusão de cláusulas que não lhe foram dadas a conhecer oportuna e adequadamente, como forma de exclusivamente tutelar a sua vontade e preservar a sua autonomia.

## 1. Da problemática das cláusulas contratuais gerais

A era industrial moderna, marcada pelo dinamismo ínsito aos novos métodos e modelos de produção em massa e pela intensidade crescente na celebração de negócios jurídicos, operou profundas transformações no âmbito do direito dos contratos, ao reclamar a emergência de um novo modo de contratação capaz de imprimir celeridade e eficácia no tráfego jurídico-negocial <sup>(1)</sup>.

Com efeito, o esquema contratual típico, assente num princípio de paridade posicional ou de igualdade formal das partes, coenvolve a observância de um completo e complexo processo formativo <sup>(2)</sup> que longe de favorecer exigências de celeridade, eficácia e normalização, se apresenta como dificilmente compatível com a realidade concreta das sociedades técnicas e industrializadas <sup>(3)</sup>.

Partindo deste quadro, o recurso a outro tipo de expedientes negociais torna-se crucial, passando a assistir-se, de modo progressivo, a um retraimento do espaço ocupado pela figura tradicional do contrato em favor da estandardização ou massificação das próprias relações contratuais <sup>(4)</sup>.

Enquanto modelos negociais na génese da designada “contratação massificada”, as cláusulas contratuais gerais <sup>(5)</sup> surgem, por conseguinte, como algo de necessário e inevitável

---

<sup>(1)</sup> A este propósito, afirmava CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, em subtítulo de um estudo dedicado ao fenómeno dos contratos de adesão, estarmos diante “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, — “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, n.ºs 2-3-4, Coimbra, Atlântida Editora, 1973, pp. 119-148. Na doutrina francesa, dando também nota da necessidade de o direito reagir a uma “mutação sociológica profunda e relativamente súbita engendrada pela revolução industrial”, vide, FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, L.G.D.J., 2004, (Bibliothèque de droit privé), pp. 3-4.

<sup>(2)</sup> Cfr. o artigo 232.º do Código Civil, que estabelece que, a conclusão do contrato não se verifica “enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

<sup>(3)</sup> Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, in *O Direito*, Ano 127, III-IV, Lisboa, 1995, pp. 297-314 (p. 302), salientando que: “Operações jurídicas que se repetem até ao infinito num tráfico massificado, como consequência da revolução industrial e, ainda mais, da revolução tecnológica, não se compadecem com a lentidão de negociações demoradas e laboriosas”. No mesmo sentido, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 16, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 125.

<sup>(4)</sup> Como refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, III, Lisboa, pp. 733-769 (p. 742): “[...] à produção *standard* corresponde necessariamente a contratação *standard*, sendo impensável na moderna estrutura industrial, um processo de negociação caso a caso [...]”.

<sup>(5)</sup> Sobre o conceito de “cláusulas contratuais gerais” vide a bibliografia referida *infra* (nota 33).



(<sup>6</sup>), ao possibilitarem uma significativa, ou total, redução da fase das negociações entre as partes, o que em termos económicos equivale a uma redução de tempo e de custos. Mas não só. O recurso a modelos negociais pré-elaborados com o propósito da sua inclusão em *todos* os contratos a celebrar no futuro compreende ainda uma *intenção uniformizadora* (<sup>7</sup>), que permite à parte que a eles recorre (normalmente uma empresa de grande dimensão (<sup>8</sup>)) antecipar toda uma série de aspectos atinentes a cada uma das relações contratuais e ao mesmo tempo colocar os diferentes contraentes num plano de igualdade (<sup>9</sup>).

Mas apesar dos assinaláveis aspectos positivos, que desde logo contribuíram para a sua rápida e crescente expansão aos mais diversos domínios (<sup>10</sup>), à contratação baseada em cláusulas contratuais gerais são apontados, por outro lado, graves inconvenientes derivados da especificidade do fenómeno em questão.

Na verdade, apresentando-se como cláusulas prévia e unilateralmente elaboradas, por uma das partes da relação contratual ou por um terceiro (<sup>11</sup>) — o predisponente (<sup>12</sup>) —, com vista a serem incluídas numa série de contratos a celebrar no futuro — os denominados

---

(<sup>6</sup>) Neste sentido, salientando o carácter “imprescindível” de um modo de negociação baseado em cláusulas contratuais gerais, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., pp. 740-742. Também assim, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 77, Lisboa, 1958, pp. 127-217 (p. 179), quando refere que: “Os chamados contratos de adesão tornaram-se uma necessidade da vida moderna”.

(<sup>7</sup>) Considerando a intenção uniformizadora como “característica decisiva” das cláusulas contratuais gerais, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 174. Em sentido idêntico, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, I, Lisboa, 2002, pp. 111-142 (p. 115); ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª edição (revista e aumentada), Coimbra, Almedina, 2001, pp. 95-96. Para um maior desenvolvimento sobre esta e outras características apontadas às cláusulas contratuais gerais consultar a bibliografia indicada na nota 33.

(<sup>8</sup>) Como salienta ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 741, este tipo de contratação nasce e justifica-se pela necessidade de “[...] satisfazer interesses objectivamente justificados da empresa”. No mesmo sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, cit., pp. 180-182, todavia, chamando à atenção para o facto de não obstante as cláusulas contratuais gerais pressuporem um ente organizado, *maxime*, uma empresa, não ser este um dado essencial, antes normal da figura em causa.

(<sup>9</sup>) Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, cit., p. 199.

(<sup>10</sup>) Apontando alguns exemplos, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações”, cit., p. 168. Mais recentemente, vide ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 17, referindo a título exemplificativo, “[...] a inserção deste tipo de cláusulas-padrão em contratos promessas de compra e venda de bens imóveis para habitação, assim, como em contratos de arrendamento”.

(<sup>11</sup>) O artigo 2.º, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, é neste sentido expresse.

(<sup>12</sup>) Sobre o conceito de “predisponente”, vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, cit., p. 299-300, assinalando a sinonímia com o conceito de “utilizador”, do ponto de vista jurídico. Como salienta o autor, se aquele que utiliza as cláusulas “[...] nem sempre é o predisponente *de facto*, será sempre o predisponente *de direito* [...]”.

*contratos de adesão* <sup>(13)</sup> —, sem que quanto a elas exista uma possibilidade efectiva de negociação <sup>(14)</sup>, as cláusulas contratuais gerais implicam, se não no plano jurídico, no plano fáctico, uma não despreciable limitação à liberdade contratual <sup>(15)</sup>. E embora a doutrina não hesite em enfatizar a restrição operada ao nível da liberdade de estipulação ou de modelação do conteúdo contratual, por força do carácter imodificável de tais cláusulas; parece-nos, na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO <sup>(16)</sup>, que em domínios marcados pela necessidade (v.g. sectores da água, electricidade, gás) ou obrigatoriedade de contratar (v.g. seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel), o recurso a estes modelos negociais pré-determinados coloca em causa a própria liberdade de celebração (na sua vertente negativa).

De um ponto de vista puramente teórico, é possível defender que, enquanto destinatário de cláusulas contratuais gerais, aquele que aceita ou recusa celebrar um contrato cujo conteúdo foi determinado com anterioridade e que não admite modificações, o faz à luz da liberdade de celebração que o Direito reconhece <sup>(17)</sup>. Na prática, porém, uma tal liberdade encontrar-se-á afastada sempre que, nos domínios apontados, a recusa em contratar conduz à

---

<sup>(13)</sup> Note-se que, apesar de intimamente ligado à figura do “contrato de adesão”, o fenómeno das “cláusulas contratuais gerais” não deve ser com aquela confundido. É que se na sua grande maioria os contratos de adesão são redigidos com base em cláusulas contratuais gerais, tal não tem necessariamente de ocorrer. Conforme ensina ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 116-117, “[...] a fórmula contratos de adesão é *mais ampla*, podendo *não coincidir* com a expressão *cláusulas contratuais gerais*”. Com efeito, na noção de contrato de adesão ainda, ou também, se incluem todos aqueles contratos concluídos com sujeito individualizado ou determinado (contratos individualizados), aos quais faltará a característica da generalidade ou da indeterminação, típicas das cláusulas contratuais gerais. No mesmo sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 168, ao afirmar que: “A expressão “contratos de adesão” tem subjacente um modo particular de formação dos contratos — a obtenção do consenso *por* adesão. Pensada inicialmente para contratos padronizados formados através de cláusulas contratuais gerais, abrange com rigor uma categoria mais ampla de contratos, porque aquela particularidade de formação não é específica deles, verificando-se igualmente nalguns contratos individualizados”. Sobre a expressão “contratos de adesão”, *vide*, também, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, cit., p. 124 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, cit., p. 300 e ss..

<sup>(14)</sup> Como salienta ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 116, embora o recurso a cláusulas contratuais gerais não impeça “[...] *eventuais negociações* entre as partes quanto a alguns aspectos do contrato — *no essencial*, porém, ele será regido, no todo ou em parte, pelas cláusulas previamente formuladas, sem que o aderente possa alterá-las”. As cláusulas, acrescenta o autor, não se configuram como “[...] o *resultado* das negociações — pelo contrário, elas *antecedem* eventuais negociações, são elaboradas *antes e independentemente* de quaisquer (hipotéticas) negociações”.

<sup>(15)</sup> Neste sentido, *vide*, entre outros, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 113-114.

<sup>(16)</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, II, Lisboa, 2000, pp. 573-595 (p. 574).

<sup>(17)</sup> Referindo que não obstante a impossibilidade de discussão das cláusulas, a contraparte de quem a elas recorre não é, em rigor, obrigada a contratar, nem as mesmas valem enquanto aquela não der a sua adesão, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações”, cit., p. 179. Cfr., ainda, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, cit., p. 313; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 358.

não satisfação de uma necessidade premente ou ao não cumprimento de uma imposição legal, surgindo a adesão a tais esquemas negociais como a única alternativa possível <sup>(18)</sup>. Em última instância, nestas hipóteses, é a falta de uma livre escolha de contratar do aderente que permite afirmar que o recurso a cláusulas contratuais gerais envolve uma *limitação de facto* à liberdade contratual (também) na sua vertente de liberdade de celebração.

Constata-se, conseqüentemente, que a utilização de cláusulas contratuais gerais no processo formativo dos contratos traduz, de um modo geral, um acentuado desequilíbrio de poderes entre as partes envolvidas, o que permite classificar “[...] a situação do aderente como de típica inferioridade contratual, merecedora de particular tutela” <sup>(19)</sup>.

Radizando uma tal conclusão, designadamente, no facto de existir do lado da parte que dita a *lex contractus* uma real possibilidade de abuso do seu poder negocial, não se deve ignorar que para ela concorre ainda, e desde logo, o elevado grau de desconhecimento e de desinformação que vulgarmente neste domínio afecta o aderente, mercê das características e do próprio contexto em que se dá a celebração deste tipo de contratos <sup>(20)</sup>, e que torna insuficiente o recurso às regras gerais do negócio jurídico em matéria de consentimento contratual <sup>(21)</sup>. Efectivamente, colocado ante uma prática de utilização de cláusulas contratuais gerais que se demonstra fortemente generalizada e intensificada, o aderente não encontra, as mais das vezes, qualquer incentivo para focar a sua atenção num clausulado que, porque insusceptível de negociação, desencadeia de imediato um “efeito psicológico de

---

<sup>(18)</sup> Assim, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 743.; e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 114.

<sup>(19)</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 323. No mesmo sentido pronuncia-se ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 54, ao afirmar existir “[...] uma “superioridade situacional” daquele que recorre a condições pré-formuladas para uma pluralidade de contratos, que tem como contrapólo uma típica necessidade tutela daquele que se vê constringido a contratar na base de tais condições [...]”.

<sup>(20)</sup> Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, cit., p. 121 e ss.. No mesmo sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 118-119, notando que os problemas que nesta sede se colocam “[...] são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente *desconhecer* cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de *cláusulas abusivas*; no plano processual, mostram a *inadequação e insuficiência* do normal controlo judiciário que actua *a posteriori*, depende da *iniciativa* processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso *concreto*”. Sobre os perigos associados à utilização de cláusulas contratuais gerais, vide, ainda, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., pp. 370-373.

<sup>(21)</sup> Sobre a insuficiência do recurso às regras gerais vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, cit., pp. 129-130; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 216-217.

legitimação” (22), demovendo-o de empreender em qualquer actividade de investigação e levando-o a anuir a cláusulas que efectivamente não conhece.

Por outro lado, não obstante se identificar com particular frequência a situação de inferioridade do aderente com a circunstância de o predisponente/utilizador das cláusulas deter, via de regra, uma posição de supremacia social e económica (23) perante aquele que apenas as subscreve ou aceita, precise-se que um tal argumento não se afigura como suficiente e até determinante para a instituição de um regime especial de tutela.

Como bem salienta SOUSA RIBEIRO (24), os fundamentos de uma disciplina específica no domínio das cláusulas contratuais gerais ancoram-se em factores endógenos ao próprio fenómeno (25), encontrando a posição de inferioridade do aderente a sua razão de ser para lá de uma possível condição de superioridade social e económica da parte utilizadora das referidas cláusulas ou de quaisquer outros factores exógenos à relação contratual (26).

## **2. O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro**

### **2.1. A necessária intervenção do legislador no plano da formação do contrato**

A importância e a especificidade (27) de que se reveste a temática das cláusulas

---

(22) A expressão é de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, cit., p. 200.

(23) Apelava já nesse sentido, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações”, cit., p. 167. *Vide*, ainda, FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l’épreuve des conditions générales. De l’utilité du concept de déclaration de volonté*, cit., p. 12, que apontando a inegociabilidade das cláusulas contratuais gerais como resultado da “preponderância económica do estipulante”, conclui, todavia, não ser essa posição de superioridade uma condição necessária antes um “traço de carácter” na qualificação de tais cláusulas.

(24) JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, cit., p. 195 e ss.; e *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 341 e ss..

(25) Como sustenta o autor, no seu *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 342: “[...] é nas ceg, nelas próprias, nos riscos tipicamente conexos às suas características essenciais, que devemos procurar a chave explicativa para a necessidade de protecção do aderente”

(26) Pronunciando-se também no sentido de que a intervenção da ordem jurídica há de fazer-se em atenção aos perigos que para o aderente “[...] resultam do puro emprego, *em si próprio*, de condições negociais gerais, *independentemente da posição de mercado do utilizador*”, *vide* ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 209-210.

(27) Considerando ser a “especificidade” da contratação baseada em cláusulas contratuais gerais o factor determinante do decretamento de medidas específicas, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 741.

contratuais gerais — e, por conseguinte, dos contratos de adesão —, fizeram com que a matéria não fosse ignorada pelo legislador português, que através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, consagrou o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro <sup>(28)</sup>.

Esta iniciativa legislativa surge na linha do Código Civil italiano de 1942 e da lei alemã de 9 de Dezembro de 1976 (AGB-Gesetz) <sup>(29)</sup> e, se bem que justificada por um imperativo de reposição da justiça contratual <sup>(30)</sup>, não perdeu de vista a necessidade de intervenção em diversos planos, tendo por conseguinte o legislador nacional instituído entre

---

<sup>(28)</sup> As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e, posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, foram motivadas pela necessidade de transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores.

Através do Decreto-Lei n.º 220/95, o legislador nacional procedeu não só a alterações tidas por imprescindíveis à harmonização da legislação nacional com a Directiva 93/13/CEE como ainda a modificações julgadas oportunas e adequadas decorridos 10 anos de vigência do Decreto-Lei n.º 446/85. Mas, apesar dos ajustamentos efectuados, o âmbito objectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 continuou a ser definido por referência ao conceito de “cláusulas contratuais gerais”, o que veio a suscitar a dúvida sobre a sua aplicabilidade (também) a cláusulas prévia e unilateralmente elaboradas para utilização num determinado contrato, atento o disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 3.º da Directiva 93/13/CEE.

Partindo da noção de “cláusula que não tenha sido objecto de negociação individual”, considerando esta como aquela que “tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo”, a Directiva comunitária não restringe o seu domínio às cláusulas contratuais gerais. Relevante é que as cláusulas em causa não tenham sido objecto de negociação prévia, independentemente de elas se destinarem à inclusão numa série de contratos, ou antes serem concebidas para utilização num único contrato.

Ditado pelo imperativo de alcançar a plena conformidade com a Directiva 93/13/CEE, o Decreto-Lei n.º 249/99 procurou, por conseguinte, dissipar as dúvidas existentes sobre aquela matéria, operando, entre outros aspectos, um alargamento do âmbito objectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85. Por via do aditamento do n.º 2 ao artigo 1.º, o diploma português passou a aplicar-se “[...] igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

Para mais desenvolvimentos sobre as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 220/95 e n.º 249/99, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 133-142; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª edição (revista e actualizada), Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, pp. 16-20; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 30 e ss.; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., pp. 12-15.

Em especial, quanto ao Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, que procedeu à conversão dos valores monetários expressos em escudos para euros, em sentido crítico, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3966, Ano 140, Jan.-Fev., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 138-143.

<sup>(29)</sup> Procedem a uma tradução da lei alemã, HEINRICH EWALD HÖRSTER e JORGE SINDE MONTEIRO, “A lei alemã para a regulamentação do regime das condições gerais de contratos”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 2, Julho/Dezembro, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979, pp. 417-441.

<sup>(30)</sup> Salientando que a intenção subjacente à regulação do fenómeno radica na pretensão de “[...] impedir o abuso da liberdade de conformação do contrato, por parte do utilizador, que tipicamente se manifesta na contratação baseada em condições negociais gerais”, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 210.

nós um modelo amplo de protecção do aderente <sup>(31)</sup>.

Logo ao nível da formação do contrato, no domínio da tutela da vontade, os artigos 4.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85 reflectem, por parte do legislador português, uma clara e consciente compreensão das particularidades inerentes a uma contratação baseada em cláusulas contratuais gerais. Na realidade, a previsão que naquelas regras se faz de um “controlo de inclusão” <sup>(32)</sup> de cláusulas contratuais em contratos singulares denota a preocupação do legislador em combater os acrescidos e gravosos riscos de desconhecimento que para o aderente resultam derivados de um modelo contratual marcado pelas características da pré-formulação unilateral, da generalidade e da imodificabilidade <sup>(33)</sup>.

Em traços genéricos, pode dizer-se que a necessidade de tutela do aderente a este nível reside na falta de interesse que este demonstra na tomada de conhecimento e ponderação do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, considerados os obstáculos que tais cláusulas em si

---

<sup>(31)</sup> Destinado a actuar a vários níveis, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, prevê um controlo quanto à inclusão de cláusulas contratuais gerais (arts. 4.º a 9.º), regras relativas à integração e interpretação (arts. 10.º e 11.º), um controlo destinado a fiscalizar o conteúdo das cláusulas (arts. 13.º a 23.º), bem como, um conjunto de normas de natureza processual (arts. 24.º a 34.º). Além disso, saliente-se que o âmbito subjectivo do diploma não se limita aos casos em que o aderente é um consumidor final, abrangendo as relações contratuais entre empresários ou entidades equiparadas (cf. artigo 17.º e ss.) e também aquelas que se estabeleçam entre simples particulares (cf. artigo 20.º, ao determinar, de um modo geral, a aplicabilidade das proibições das secções I e II, do capítulo V, a todas as relações não abrangidas pelo artigo 17.º), superando nesse sentido a Directiva 93/13/CEE. Cfr. ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 34, 50-54 e 59; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, cit., pp. 579-582; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 130, e “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 754; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., p. 170; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 23-25.

<sup>(32)</sup> A expressão pode ser encontrada em ALMENO DE SÁ, ob. cit., p. 59. Também refere-se a um “controlo da inclusão”, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 22.

<sup>(33)</sup> Quanto às características habitualmente apontadas às cláusulas contratuais gerais, seguimos, no essencial, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 95 e 212; e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 115, este último com referência à unilateralidade. Vide, ainda, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 17-18, considerando a pré-elaboração, a rigidez e a indeterminação como as principais notas do fenómeno. Indica também a pré-formulação e a rigidez como traços fundamentais, mas destacando (como já apontamos *supra*, nota 7) a intenção uniformizadora, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, cit., p. 174. Para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., p. 171, apesar de as cláusulas contratuais gerais serem geralmente caracterizadas em função da pré-elaboração, indeterminação e rigidez, revelar-se-ia “[...] mais rigoroso atribuir-lhes as duas características seguintes: *predisposição unilateral e generalidade*”.

mesmas lhe colocam <sup>(34)</sup>. E, se a um primeiro tempo, o estabelecimento de medidas protectoras do aderente que, via de regra, não assume uma postura interessada no conhecimento do clausulado, pode apresentar-se como paradoxal, há, todavia, que evidenciar que a justificação da intervenção legislativa no plano da formação do contrato “[...] passa pelo reconhecimento de que a desmotivação do aderente em conhecer e pesar com rigor os riscos a que se submete é objectivamente justificada, não merecendo censura à luz de uma conduta negocial responsável” <sup>(35)</sup>.

Com efeito, este comportamento típico revelado pelo aderente inscreve-se ainda dentro de um parâmetro de racionalidade quando encarada a questão pela óptica da análise económica do direito <sup>(36)</sup>. Como aponta SOUSA RIBEIRO, partindo-se da consideração do indivíduo enquanto “um racional maximizador de utilidade”, e do facto de “[...] o uso de recursos em qualquer actividade ocasiona[r] custos, medidos pelo valor da melhor aplicação alternativa (*custos de oportunidade*)”, em matéria de cláusulas contratuais gerais torna-se inexigível impor ao aderente a adopção de uma outra conduta, atendendo a que os custos de investigação a que se submeteria, resultantes de uma congénita assimetria de informação, se lhe apresentam como tendencialmente superiores quando em confronto com o retorno marginal que originam.

Uma avaliação mais pormenorizada e incisiva sobre a situação do aderente, permite observar que este tende a focar a sua atenção nos aspectos contratuais que para ele se assumem como facilmente perceptíveis e apreensíveis <sup>(37)</sup> — e que por esse facto comportam custos de investigação diminutos face às utilidades geradas —, não sentindo um qualquer estímulo para deter-se sobre o conteúdo de um clausulado que, pela sua natureza

---

<sup>(34)</sup> Assim, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 349, salientando, ainda, que ante um panorama de inferioridade motivacional, o aderente não é sequer determinado nas suas escolhas pela qualidade das cláusulas contratuais gerais mesmo quando diante de si lhe são apresentadas diversas alternativas, revelando-se assim ineficientes os mecanismos correctores da concorrência (*idem, ibidem*, p. 354 e ss.). Sobre este último ponto, *vide*, ainda, do mesmo autor, “O contrato, hoje: funções e valores”, in *Direito dos contratos — Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 35-56 (p. 40 e ss.).

<sup>(35)</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 350-351.

<sup>(36)</sup> Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre os fundamentos da racionalidade do comportamento do aderente segundo as teses da análise económica do direito, com destaque para a bibliografia aí referenciada, *vide* PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, in FREITAS, José Lebre de... [et al.] (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 507-534, (pp. 524-529); e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 349 e ss..

<sup>(37)</sup> Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 351, que a título exemplificativo menciona a relação prestação-preço.

frequentemente complexa e extensa, reclama para o seu exacto conhecimento e compreensão, além de um acréscimo de disponibilidade de tempo, determinados conhecimentos técnico-jurídicos que o aderente comum de todo em todo não possui <sup>(38)</sup>.

## **2.2. Sobre a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares**

### **2.2.1. A (ir)relevância das cláusulas no período anterior à aceitação**

Descritos os principais argumentos que no campo das cláusulas contratuais gerais justificam uma intervenção legislativa no plano da formação do contrato, há porém que referir que, nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85: “[a]s *cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação, com observância do disposto neste capítulo*” (sublinhado nosso).

Ao preceituar-se que as cláusulas contratuais gerais, enquanto cláusulas projectadas com o propósito da sua inclusão numa série de eventuais contratos singulares a celebrar no futuro, apenas pela aceitação passam a integrar o conteúdo daqueles contratos, coloca-se em evidência o momento a partir do qual elas adquirem relevância negocial <sup>(39)</sup>.

Assim, antes da sua inclusão (por via da aceitação), as cláusulas contratuais gerais representam tão-só um mero modelo ou esquema negocial <sup>(40)</sup>, que na prática poderá nunca vir a integrar qualquer contrato singular. E esta conclusão não sai prejudicada pelo facto de

---

<sup>(38)</sup> Assim PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 525-526, que apontando ainda “[...] a necessidade de comparação com os regimes legais injuntivos e supletivos [...] como geradora de um aumento de custos”, destaca que a atitude selectiva do aderente no processo de obtenção da informação aumenta em razão do aumento da carga de informação.

<sup>(39)</sup> Para JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 378, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85, “[...] vem tornar claro que, embora reivindicuem uma função reguladora que ultrapassa o âmbito de cada contrato singular, tais cláusulas não possuem força normativa própria, pelo que o seu ingresso no conteúdo vinculativo de cada contrato está dependente dos mesmos factores que autonomamente lhe dão vida e o conformam, como negócio jurídico bilateral: as declarações de vontade concordantes das partes”. Cfr., ainda, no mesmo sentido, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 63. Na doutrina francesa, vide FRANCIS LIMBACH, FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, cit., p. 15.

<sup>(40)</sup> Neste sentido, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 21. Também assim, MARIA RAQUEL DE ALMEIDA GRAÇA SILVA GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 108, considerando que: “[...] as cláusulas contratuais gerais ou condições gerais do contrato, antes da sua inserção num contrato, equivalem apenas a *modelos de contratos, a protótipos — a contratos-tipo*, de acordo com a doutrina francesa [...]”.



quanto a elas poder, desde logo, operar um controlo judicial preventivo, nos termos dos artigos 25.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 446/85 <sup>(41)</sup>.

Como salienta ALMENO DE SÁ, as cláusulas contratuais gerais não deixam de se configurar como “[...] estipulações jurídico-negociais, pelo que a sua vigência pressupõe um acordo das partes contratantes” <sup>(42)</sup>. Neste sentido, a referência que no artigo 4.º se faz à aceitação torna “[...] inequívoca a exigência de uma vontade jurídico-negocial dirigida à respectiva vigência no todo global do acordo celebrado” <sup>(43)</sup>, pelo que “[...] não são efetivamente incluídas nos contratos as cláusulas sobre que não tenha havido acordo de vontades” <sup>(44)</sup>.

Cumpre salientar que a referência que no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85 se faz à *aceitação* tem suscitado algumas dúvidas de interpretação, desde logo, quanto a saber se uma tal referência se reporta às cláusulas contratuais gerais ou antes à proposta do concreto contrato que as passará a integrar <sup>(45)</sup>.

Para a compreensão desta questão, julgamos ser fundamental distinguir entre dois

---

<sup>(41)</sup> Assim, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 23, salientando, de todo o modo, que através de um tal controlo o legislador conferiu às cláusulas uma “certa eficácia própria”. Pronunciando-se no sentido da eficácia jurídica das cláusulas independentemente da sua inserção num concreto contrato, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., p. 178, de resto contra o entendimento sustentado por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, cit., p. 312. A este propósito, vide, ainda, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 63-64, para quem “[...] a consagração de um processo abstracto de fiscalização [...] faz com que as condições gerais se transformem num *quid* material autónomo, a se tante, já numa fase anterior à aceitação e mesmo independentemente de qualquer incorporação em contratos singulares”.

<sup>(42)</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 59. No mesmo sentido, vide, FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, cit., p. 1, ao referir que: “[...] le rédacteur de conditions générales, appelé le «stipulant», peut tout à fait décider d'inclure ses clauses dans sa volonté contractuelle. Cependant, seule une volonté convergente de l'autre partie, appelé «adhérent», conduit à leur inclusion effective dans le champ du contrat à conclure”. Cfr., ainda, MARIA RAQUEL DE ALMEIDA GRAÇA SILVA GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, cit., pp. 520-521, que não obstante considerar que nos contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, estes ainda são “[...] o produto da reunião de duas declarações negociais [...]”, salienta que “[...] é inegável que uma das partes assume nestes contratos uma atitude *passiva* perante o envolvimento *activo* da contraparte [...]”, pelo que se revela difícil “[...] reconhecer a vontade do contraente “mais fraco” no texto contratual”.

<sup>(43)</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 59-60. Também assim, ABBAS KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, L.G.D.J., 2001, (Bibliothèque de droit privé), p. 162, ao afirmar que “[...] l'acceptation d'un contrat, y compris celui d'adhésion, valait pour toute clause composant ce contrat et on croyait que le consentement “en bloc” impliquait le consentement à toutes les clauses”.

<sup>(44)</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., p. 427. Vide, ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Março de 2011, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Granja da Fonseca), ao concluir que: “[...] ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes.”

<sup>(45)</sup> Assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., p. 174.

actos: o acto de adesão às cláusulas contratuais gerais e o acto de aceitação da proposta em que as mesmas se inserem que, como se verá, poderão ou não ser coincidentes. Advirta-se, porém, que com tal distinção não pretendemos afirmar da necessidade de um qualquer acordo específico para a inclusão das cláusulas em contratos singulares.

No concernente ao primeiro daqueles actos, segue-se de perto a posição de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ao considerar que “[...] perante o sistema legal português, [...] o acto de adesão a (ou de aceitação de) cláusulas contratuais gerais não é separável da declaração emitida por um dos contraentes (o destinatário das cláusulas predispostas pela outra parte) e integrada no processo de formação do consenso contratual” <sup>(46)</sup>.

Com efeito, é mediante a emissão de uma declaração do destinatário das cláusulas contratuais gerais que a adesão às mesmas cláusulas opera: seja porque o destinatário declara aceitar a proposta que contém as cláusulas contratuais gerais (da iniciativa do predisponente), surgindo a adesão como consequência dessa aceitação; seja porque, revestindo a declaração do predisponente a natureza de mero convite a contratar, a iniciativa de vinculação contratual pertence ao destinatário das cláusulas, que, na proposta que emite, se limita a subscrever cláusulas prévia e unilateralmente elaboradas a que recorre o predisponente e que já constavam ou eram mencionadas no convite a contratar <sup>(47)</sup>.

Do exposto resulta claro que se na primeira das hipóteses apontadas o acto de aceitação da proposta corresponde *também* ao acto de adesão às cláusulas contratuais gerais, já relativamente à segunda hipótese os dois actos não surgem como coincidentes. Neste último caso, é possível destringer entre o momento em que se dá a adesão às cláusulas contratuais gerais por parte do seu destinatário (o proponente), através da emissão da proposta nos termos já referidos, e o momento posterior em que o predisponente (destinatário da proposta), eventualmente, procede à sua aceitação.

Partindo da consideração precedente e atento o facto de o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85 regular a questão da inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, é possível concluir no sentido de que, quando o mesmo normativo se refere à *aceitação*, fá-lo

---

<sup>(46)</sup> *Idem, ibidem, loc. cit.*

<sup>(47)</sup> Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 178; PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 519; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., p. 175; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 24.

com reporte à aceitação da proposta <sup>(48)</sup>, pois só nesse momento se dá a conclusão do contrato e se podem considerar as cláusulas contratuais gerais nele integradas. Antes deste momento, e sempre que estejamos diante uma hipótese em que o destinatário das cláusulas surge nas vestes de proponente, a adesão não surge como suficiente para que a inclusão ocorra. Necessário se mostra ainda um acto ulterior, em que o predisponente declara aceitar a proposta que lhe foi dirigida <sup>(49)</sup>.

A referência do legislador à aceitação convoca, por conseguinte, a aplicação das regras negociais típicas constantes do Código Civil, relativas à validade e perfeição da declaração negocial (arts. 224.º e ss.), especialmente, as atinentes à falta e vícios da vontade (arts. 240.º a 257.º). Todavia, e como ensina MENEZES CORDEIRO, “[...] não basta a mera aceitação, exigida pelo Direito comum: é necessária, ainda, uma série de requisitos postos pelos artigos 5.º e seguintes da LCCG [Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: Decreto-Lei n.º 446/85]” <sup>(50)</sup>.

### 2.2.2. Regras de controlo

No plano da formação do contrato foi já referido ter sido preocupação do legislador português estabelecer um primeiro nível de controlo com vista à superação da frequente desigualdade posicional (informacional) em que se encontram as partes contratantes, derivada deste modo específico de contratação. Neste sentido os artigos 5.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85 prescrevem uma série de regras a ter em conta por aquele que se serve de cláusulas contratuais gerais nos contratos que pretenda celebrar. Isso mesmo resulta do artigo 4.º *in fine* do mesmo diploma quando impõe a observância do disposto no capítulo II.

Esta iniciativa do legislador português não tem, como já afirmamos, paralelo na Directiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas <sup>(51)</sup>. Com efeito, para além de uma breve referência, nos seus artigos 4.º, n.º 2, *in fine*, e 5.º (este último que consagra ainda o princípio

---

<sup>(48)</sup> Também assim, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 233.

<sup>(49)</sup> Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, loc. cit..

<sup>(50)</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., p. 427.

<sup>(51)</sup> Destacando a “menor exigência e rigor da directiva” no tocante, desde logo, ao controlo da inclusão de cláusulas contratuais gerais, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 91. Cfr., ainda, no mesmo sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 131-132.

da “*interpretação mais favorável ao consumidor*”), à exigência de as cláusulas serem redigidas de “forma clara e compreensível” <sup>(52)</sup>, e de uma outra menção na alínea i) do anexo para o qual remete o artigo 3.º, n.º 3, da citada directiva, à nulidade de cláusulas que consubstanciam uma declaração “*irrefragável [de] adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efectivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato*”, o legislador comunitário não previu, de modo específico e em detalhe, quaisquer outras regras tendentes a operar um controlo de inclusão como forma de obviar à celebração de um contrato cujo clausulado prévia e unilateralmente elaborado o aderente desconhece.

Nos termos da lei portuguesa, apesar de a inclusão das cláusulas contratuais gerais se dar de modo automático pela aceitação (cf. art. 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85), tal não bastará para que elas se considerem real e efectivamente incluídas nos contratos singulares. Na realidade, estabeleceu o legislador o cumprimento de outras exigências para além daquelas que já resultavam das regras gerais do Código Civil em matéria de formação do negócio jurídico.

É pois possível vislumbrar aqui duas operações: uma primeira em que pela aceitação da proposta se dá a inclusão automática das cláusulas contratuais nos contratos singulares; uma segunda, em que não obstante aquela inclusão, se irá verificar da conformidade da actuação daquele que utilizou as cláusulas contratuais gerais com as regras previstas no capítulo II do Decreto-Lei n.º 446/85.

Assim, para que as cláusulas contratuais gerais se considerem incluídas de modo pleno, torna-se ainda necessário verificar cumulativamente:

- a comunicação das cláusulas nos termos do artigo 5.º;
- o cumprimento do dever de informação previsto no artigo 6.º; e
- a inexistência de cláusulas prevalecentes, como disposto no artigo 7.º.

As regras em questão têm um objectivo claro: assegurar o efectivo conhecimento do

---

<sup>(52)</sup> Também de acordo com o artigo II. — 9:402, parágrafo (1), do Draft Common Frame of Reference: “*A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language*”. Vide o comentário ao artigo em questão por CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE, *Principles, definitions and model rules of european private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume I - Intr., princ., def.; I. — 1:101 to III. — 4:207, Oxford, Oxford University Press, 2010.

conteúdo contratual por parte daquele que se limitou a aderir a um clausulado que não pôde discutir <sup>(53)</sup>. A tutela dispensada num primeiro plano ao aderente visa não só contribuir para uma correcta, esclarecida e consciente formação da sua vontade, como ainda promover a sua reflexão/ponderação relativamente ao contrato que está em vias de celebrar <sup>(54)</sup>.

Uma vez que o objecto do nosso estudo se prende precisamente com a inobservância do ónus de comunicação previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, importará proceder à sua análise por forma a aferir do real sentido e alcance do normativo em causa.

### 3. Da comunicação: o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro

#### 3.1. Conteúdo, natureza e objectivo

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 estabelece no seu n.º 1 que “[a]s *cláusulas contratuais gerais* devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las”, acrescentando no n.º 2 que “[a] comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência”.

Do preceituado logo resultam três importantes considerações: (i) as cláusulas contratuais gerais têm de ser comunicadas na *íntegra*; (ii) as cláusulas contratuais gerais têm de ser comunicadas *adequadamente*; (iii) as cláusulas contratuais gerais têm de ser comunicadas *prévia e atempadamente* à celebração do contrato. Na verdade, não só se exige

---

<sup>(53)</sup> Como nota FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, cit., p. 2: “[...] l'adhérent doit savoir que les clauses ont vocation à faire partie du contrat et il doit pouvoir prendre connaissance de leur contenu”.

<sup>(54)</sup> Assim, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 752, e “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 122. Para o autor, porém, estas medidas comportam uma “importância relativa”, visto não protegerem o aderente “[...] de cláusulas inequitativas ou abusivas a que terá de submeter-se, mesmo que consciente dos riscos que corre, uma vez que não encontra alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que carece e de que não pode prescindir”. Sobre este último aspecto *vide*, ainda, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 365-368, que realçando a “insuficiência tuteladora” das medidas previstas no artigo 5.º e seguintes, do Decreto-Lei n.º 446/85, escreve: “As razões, de cálculo económico e, até, de índole psicológica, que tornam justificável o seu desinteresse [do aderente] pelo conteúdo das ccg não são elimináveis com a possibilidade do seu “conhecimento completo e efectivo””.

um acto de comunicação para que a contraparte possa conhecer da existência das cláusulas<sup>(55)</sup>, como ainda que esse acto observe determinados requisitos quanto ao modo e ao tempo da sua realização<sup>(56)</sup>.

Numa primeira observação, ressalve-se que, contrariamente ao que vem afirmando alguma da doutrina, não estamos aqui diante de um qualquer dever jurídico de comunicação, antes em face de um *ónus* <sup>(57)</sup> que recai sobre o predisponente/utilizador de cláusulas contratuais gerais <sup>(58)</sup>. De facto, na exacta medida em que pretenda prevalecer-se das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares por si celebrados, o predisponente terá para tanto, e desde logo, a necessidade de: (i) proceder à comunicação das mesmas de acordo com o previsto nos n.º 1 e 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85; (ii) provar essa comunicação, nos termos do n.º 3 do referido preceito <sup>(59)</sup>. Não o fazendo, e independentemente de culpa, as cláusulas ter-se-ão por excluídas dos contratos singulares (cf. art. 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85), sendo esta a única consequência (desvantagem)

---

<sup>(55)</sup> Como refere JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 180, “[...] durante o processo de celebração do contrato, [as cláusulas] devem ser integradas expressa ou tacitamente no conteúdo do contrato, sendo para tal necessário um acto de comunicação, sem o qual a outra parte nunca poderia tomar conhecimento da existência da[s] cláusula[s]”.

<sup>(56)</sup> Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., pp. 428-429: “Em casos-limites não haverá dúvidas: a remissão para tabuletas inexistentes ou afixadas em local invisível não corresponde a uma comunicação completa; a rápida passagem das cláusulas num visor não equivale à comunicação adequada; a exibição de várias páginas de um formulário, em letra pequena e num idioma estrangeiro, seguida da exigência de imediata assinatura não integra uma comunicação atempada”. Tem por admissível “[...] o recurso a cartazes ou avisos, desde que esta forma de comunicação das cláusulas contratuais gerais satisfaça os requisitos do artigo 5.º [...]”, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., pp. 733-769 (p. 749). Sobre os requisitos de modo e tempo da comunicação, *vide* ainda, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., pp. 180-184.

<sup>(57)</sup> Caracteriza-se o ónus como uma situação jurídica passiva que traduz a necessidade de alguém adoptar um determinado comportamento como forma de realizar um interesse próprio. O ónus não é um dever em sentido técnico-jurídico, na medida em que o onerado não tem de adoptar aquele comportamento, todavia, essa omissão conduzirá à não realização do interesse pretendido. Além disso, a inobservância do ónus não traduz uma conduta ilícita por parte do onerado. Sobre a definição de “ónus”, *vide*, por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, pp. 102-103 e 105.

<sup>(58)</sup> Assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, cit., pp. 176-177 (nota 26); ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 61; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 366. Diferentemente, considerando que no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 se encontra consagrado um “dever pré-contratual de comunicação”, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., pp. 24-25. Cfr., porém, a posição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., pp. 428-430, ao classificar tanto a “comunicação” a que se reporta este artigo 5.º como o dever de comunicação previsto no artigo 6.º do diploma de “verdadeiros encargos, em sentido técnico”, acrescentando que ambos os dispositivos “[...] correspondem a vectores presentes no artigo 227.º/1, do Código Civil. Mas são estruturalmente diferentes: traduzem meros encargos e não deveres em sentido técnico”.

<sup>(59)</sup> Sobre o ónus da prova da comunicação de cláusulas contratuais gerais, *vide* o que se dirá *infra*, p. 27 e ss..

que resulta para o predisponente <sup>(60)</sup>.

A comunicação integral, adequada e antecipada corresponde, assim, ao sacrifício imposto ao predisponente como meio de este obter a vantagem da inclusão das cláusulas contratuais gerais nos concretos contratos que celebra, sendo que ao realizar a comunicação em seu benefício, a adopção de uma tal conduta funciona, ainda, no interesse do aderente, visto possibilitar que este pondere e reflecta sobre o conteúdo de tais cláusulas e, assim, forme a sua vontade de modo livre, consciente e esclarecido.

Variando a adequação e a oportunidade da comunicação consoante “*a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas*”, e considerando que o objectivo do legislador ao prever o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 é o de *possibilitar* o completo e efectivo conhecimento das cláusulas ao aderente que “*use de comum diligência*” <sup>(61)</sup> — isso mesmo resultando da parte final do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 —, o que se exige do predisponente é o desenvolvimento de uma actividade apta a atingir um tal desiderato <sup>(62)</sup>, não se revelando suficiente ou até idónea a assunção de uma atitude de inércia por parte do utilizador de cláusulas contratuais gerais, o mesmo é dizer que não se satisfaz o legislador com o mero não agravamento da situação de desconhecimento em que eventualmente se encontre o aderente <sup>(63)</sup>.

Procura-se, pois, obviar a um estado de ignorância no que concerne à existência das cláusulas contratuais gerais e ao seu conteúdo, por parte daquele que, em princípio, se

---

<sup>(60)</sup> Também assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., p. 430, não obstante considerar que a “[...] não-inclusão pode, ainda, ser dobrada por um dever de indemnizar, quando se verifiquem os (diferentes) pressupostos do artigo 227.º/1 [do Código Civil]”.

<sup>(61)</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 60 e 234, nota que não obstante o modo da transmissão das cláusulas poder “[...] variar na sua configuração concreta, e mesmo no que concerne ao momento em que é realizado [...]” a exigência da comunicação “[...] vai funcionalizada ao propósito de tornar possível o real conhecimento das cláusulas pelo parceiro contratual do utilizador”.

<sup>(62)</sup> Salienta ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit. p. 234, que: “Não basta, neste contexto, a pura notícia da “existência” de cláusulas contratuais gerais, nem a sua indiferenciada “transmissão”. Exige-se ainda que à contraparte do utilizador sejam proporcionadas as condições que lhe permitam aceder a um real conhecimento do conteúdo, a fim de, se o quiser, formar adequadamente a sua vontade e medir o alcance das suas decisões”. Vide, ainda, FRANCIS LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, cit., p. 227, também considerando que no que à matéria das cláusulas contratuais gerais concerne: “Il incombe en outre au stipulant de mettre en place une infrastructure permettant à l'adhérent de prendre connaissance du contenu des clauses”.

<sup>(63)</sup> Neste sentido, PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 529, para quem o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 “[...] não pode ser interpretado no sentido de apenas exigir do predisponente que não perturbe uma eventual investigação das cláusulas contratuais gerais pelo aderente”.

apresenta como parte mais débil da relação contratual <sup>(64)</sup>. Mas mais do que isso, procura-se garantir que o “acordo” firmado entre as partes cobriu todas aquelas cláusulas, por forma a salvaguardar-se o exercício efectivo da autonomia privada.

Na aferição do preenchimento dos pressupostos legalmente prescritos, a realizar à luz das circunstâncias concretas, haverá, assim, a considerar, entre outros factores: a inteligibilidade das cláusulas, a coerência na sua sistematização, as circunstâncias que envolvem a celebração do contrato, a eventual existência de anteriores relações contratuais entre as partes, o facto de o aderente ser um consumidor ou empresário/profissional <sup>(65)</sup>.

Para conformação dos esforços a desenvolver para que a possibilidade da tomada de conhecimento das cláusulas seja viável refere-se, ainda, a lei, à necessidade de o predisponente se determinar pelo padrão de um aderente de “comum diligência”. Tem-se em vista o critério do homem médio, aferido em abstracto mas atento o concreto contrato (cfr. art. 487.º, n.º 2, do Código Civil) <sup>(66)</sup>. Por conseguinte, sempre que o predisponente desenvolva uma actividade capaz de promover o conhecimento das cláusulas contratuais gerais junto da contraparte, conformando-se para tanto com aquele padrão de diligência, ter-se-á por observada a regra da comunicação.

A conclusão precedente tem um importante alcance, pois apesar de do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 não se retirar qualquer prescrição de comportamento relativamente ao

---

<sup>(64)</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 749, e “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 120.

<sup>(65)</sup> Faz referência à inteligibilidade e à coerência na sistematização das cláusulas, enquanto factores relevantes, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 381; e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 131. Salientando que “[...] os termos em que deve ser feita a comunicação prévia das cláusulas contratuais gerais, dependem das circunstâncias, sendo de considerar, designadamente, o facto de existirem já anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor final”, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 750. Também assim, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, p. 132. Cfr., ainda, ABBAS KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, cit., pp. 162-163.

<sup>(66)</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, cit., p. 429; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 61; PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 533 e ss.. Este último autor considerando que se em causa estiver um “consumidor com especiais conhecimentos jurídicos”, não é por isso que devem as exigências de comunicação ser reduzidas. Argumenta para tanto que: (i) “[...] o jurista surgirá neste contexto não como um profissional [...]”; (ii) “[...] a especialização e divisão do trabalho também ocorrem no interior da área do saber jurídico, pelo que haverá juristas com fracos conhecimentos sobre contratos”; (iii) “[...] o jurista com conhecimentos sobre contratos também poderá adoptar uma atitude de ignorância racional [...]”; (iv) “a imposição de um acrescido dispêndio de tempo na análise de cláusulas contratuais gerais em relações de consumo, com prejuízo para tarefas profissionais ou familiares, constituirá uma discriminação negativa face aos restantes cidadãos [...]”.



destinatário das cláusulas <sup>(67)</sup>, veja-se que o legislador não vem de o tratar como indivíduo inábil ou incapaz, pelo que resultando o desconhecimento das cláusulas não da não comunicação (porque, desde logo, o predisponente cumpriu com as exigências previstas no artigo 5.º) mas antes da sua própria falta de diligência, as mesmas ter-se-ão como incluídas no concreto contrato singular <sup>(68)</sup>, revelando-se acertada a afirmação de que “[...] não constitui requisito de integração num contrato concreto o conhecimento completo e efectivo das cláusulas” <sup>(69)</sup>.

Com efeito, da imposição de diligenciar no sentido de (tão só) possibilitar o “*conhecimento completo e efectivo*” das cláusulas contratuais gerais àquele a quem as mesmas são “propostas”, não se retira a exigência de o predisponente assegurar que o aderente conhece efectivamente as cláusulas, antes a mera necessidade de adoptar os meios que possibilitem esse conhecimento, caso pretenda a inclusão das cláusulas nos contratos que celebra <sup>(70)</sup>, independentemente, repete-se, de o modo e a oportunidade da comunicação variarem de acordo com o caso concreto (cf. artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85).

---

<sup>(67)</sup> Assim, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., p. 372. Diferentemente, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 749; e EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 159-160 (nota 378), ambos os autores considerando que o legislador exige também do aderente um comportamento diligente. Subscrevendo a jurisprudência de modo recorrente este último entendimento, vide, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Janeiro de 2006, Processo n.º 05B4052 (Pereira da Silva); o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Outubro de 2006, Processo n.º 06A2604 (Alves Velho); o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Janeiro de 2010, Processo n.º 2791/08.1TBPBL.C1 (Isaías Pádua); o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Janeiro de 2010, Processo n.º 2963/07.6TVLSB.L1.S1 (Alves Velho); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Maio de 2012, Processo n.º 8335/03.4TVLSB.L1-1 (Pedro Brighton).

<sup>(68)</sup> Neste sentido, vide ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., pp. 61 e 234-235.

<sup>(69)</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., pp. 182-183.

<sup>(70)</sup> Para a maioria da doutrina que entende que a comunicação de cláusulas contratuais gerais, a que se reporta o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, reveste a natureza de um dever pré-contratual, em causa está uma simples obrigação de meios. Vide, por todos, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 25; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 21 (nota 18). Em sentido não totalmente coincidente, ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 242, que sobre a qualificação da regra da comunicação como obrigação de meios escreve: “[...] é-o, mas há um resultado caracterizado legalmente — a possibilidade de conhecimento —, o que não é comum nas meras obrigações de diligência”.

Na jurisprudência, cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29 de Setembro de 2010, Processo n.º 165/08.3TBSTR-A.E1 (Maria Alexandra A. Moura Santos); o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Maio de 2011, Processo n.º 2657/09.8TJLSB.L1-8 (Catarina Arêlo Manso); o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Outubro de 2011, Processo n.º 1341/08.4TJVNF.P1 (Rodrigues Pires); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 738-13.2TVLSB.L1-8 (Ilídio Martins).

A este propósito algumas decisões jurisprudenciais <sup>(71)</sup> têm entendido que se tem por verificada a comunicação das cláusulas contratuais gerais sempre que, tendo sido entregue a minuta do contrato em momento prévio à assinatura do mesmo, só por desinteresse o destinatário das cláusulas não se preocupa em inteirar-se do seu conteúdo através, por exemplo, de uma simples leitura atenta.

Defendemos que se em determinados casos uma tal conclusão se apresenta como possível, a mesma não deve ser erigida em critério geral. Efectivamente, sempre haverá que aferir da complexidade e extensão do clausulado, atentos o ambiente e as circunstâncias que rodeiam a celebração do contrato, que não raramente envolvem ou convocam um processo quase instantâneo de adesão, sem margem para reflexão ou ponderação do aderente, não parecendo mesmo que outro comportamento lhe seja exigível <sup>(72)</sup>.

### **3.2. Distinção face ao dever de informação**

O ónus da comunicação previsto pelo legislador no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, não se confunde com o dever de informação consagrado no artigo 6.º do mesmo diploma. E se de algum modo, este facto não é tido em linha de conta por alguma da doutrina e jurisprudência, ele reveste-se de suma importância para uma correcta análise do nosso problema.

A distinção entre a “comunicação” a que se reporta o artigo 5.º e o dever de informação não é apenas (e isto é muito importante) uma distinção quanto à sua natureza <sup>(73)</sup>, mas também quanto aos objectivos que de uma e outro decorrem. Assim, se, por um lado, deixamos estabelecido que com o artigo 5.º se preocupou o legislador em “[...] salvaguardar, em primeira linha, uma correcta e eficiente transmissão dos termos do contrato [...]” <sup>(74)</sup>, por

---

<sup>(71)</sup> Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009, Processo n.º 872/08.0TBCHV.P1, (Maria Catarina); o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de Dezembro de 2010, Processo n.º 266/09.0TBLSD.P1 (Pinto de Almeida); o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de Janeiro de 2011, Processo n.º 4877/09.6TBGMR.G1, (Teresa Parda); e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Março de 2011, já citado (nota 44) .

<sup>(72)</sup> *Vide supra*, pp. 14-15.

<sup>(73)</sup> Contrariamente ao que resulta da interpretação do artigo 5.º, o artigo 6.º apresenta-se como um verdadeiro dever pré-contratual que de algum modo já derivava do artigo 227.º do Código Civil.

<sup>(74)</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Outubro de 2008, Processo n.º 1589/07.9YXLBS.C1 (Isabel Fonseca).

forma a permitir ao aderente aceder de modo pleno às cláusulas contratuais gerais que o predisponente pretende integrar no concreto contrato; já o dever de informação tem como principal objectivo assegurar que o aderente compreende o teor das referidas cláusulas, devendo por conseguinte o predisponente “[...] *informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique*” (cf. art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85), bem como, prestar “[...] *todos os esclarecimentos razoáveis solicitados*” (cf. art. 6.º, n.º 2, do mesmo diploma).

Dirigindo-se, no essencial, à percepção do conteúdo de cláusulas contratuais gerais <sup>(75)</sup>, verifica-se que o dever de informação é desdobrável em duas vertentes: numa primeira, em que a iniciativa de esclarecimento se impõe, sem mais, ao contratante que recorre à utilização de cláusulas contratuais gerais nos contratos que celebra, não dependendo de um qualquer pedido de aclaração da contraparte; numa segunda, em que a adstrição do predisponente a um dever de informar (que se configura como um dever de resposta) deriva necessariamente de uma eventual solicitação por parte do aderente no sentido de ver esclarecidos determinados aspectos atinentes ao clausulado.

Em todo o caso, destaque-se que ambas as hipóteses pressupõem *sempre* a comunicação integral, prévia e adequada das cláusulas contratuais gerais, afigurando-se incorrecto falar num dever de informação que se impõe ao predisponente ou mesmo num dever de diligência do aderente no pedido de esclarecimentos, relativamente a cláusulas que não tenham sido comunicadas <sup>(76)</sup>. Entre o acatamento do ónus da comunicação e o cumprimento do dever de informação existe, assim, uma relação lógica de complementaridade, funcionando aquele primeiro como pressuposto necessário deste último.

### **3.3. Ónus da prova da comunicação e ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais**

O estabelecimento de requisitos específicos para além das normais exigências de

---

<sup>(75)</sup> Vide o aresto citado na nota anterior.

<sup>(76)</sup> Cfr. o artigo 8.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 446/85: “*Consideram-se excluídas dos contratos singulares: [...] As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação [...]*” (sublinhado nosso). Vide, ainda, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 189 (nota 516).

comunicação resultantes do Direito comum permite classificar a regra da comunicação como “uma forma qualificada de dar conhecimento do projecto negocial” <sup>(77)</sup>.

Para reforço desta ideia, e de molde a *pressionar* e *dissuadir* a parte que dita a lei do contrato <sup>(78)</sup>, dispõe o n.º 3 do mesmo normativo que “(o) *ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais*”, sob pena de as mesmas se terem por excluídas nos termos do artigo 8.º, alínea *a*), do mesmo diploma. O artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85, concretiza assim o preceituado no artigo 342.º do Código Civil em matéria do ónus da prova <sup>(79)</sup>.

Deste modo, quando em juízo, e se ao caso forem de aplicar as regras decorrentes do Decreto-Lei n.º 446/85 <sup>(80)</sup>, o predisponente terá de provar que operou a comunicação das cláusulas contratuais gerais ao aderente nos termos do artigo 5.º daquele diploma — para o que “[...] não basta a exibição do documento que contém o contrato [...]” <sup>(81)</sup> —, sob pena de não poder prevalecer-se das mesmas (cf. art. 8.º, alínea *a*), Decreto-Lei n.º 446/85).

Cabendo o ónus da prova da comunicação das cláusulas contratuais gerais ao predisponente, surge recorrentemente na jurisprudência (e em alguma doutrina), a consideração de que a realização daquela prova está, todavia, dependente da alegação prévia da inobservância da regra da comunicação, por parte do aderente que queira ver excluídas do

---

<sup>(77)</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 60. Também assim, PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, cit., p. 518, ao afirmar que a operação de comunicação de cláusulas contratuais gerais “[...] implica acrescidas exigências de comunicação, tendentes a diminuir os custos de investigação e a assimetria de informação do aderente, promovendo o efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais”.

<sup>(78)</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, cit., p. 752, para quem as medidas em causa poderão exercer um “efeito dissuasor” sobre o predisponente, “[...] forçando-o a moderar os seus intentos [...]”. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Fevereiro de 2000, Processo n.º 99A877 (Ribeiro Coelho) fala-se em “estimular o proponente a bem cumprir” o preceituado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

<sup>(79)</sup> Neste sentido, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 25; e JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas contratuais gerais — DL n.º 446/85 - Anotado. Recolha Jurisprudencial*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 65, considerando a norma como “logicamente dispensável”. Diferentemente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Outubro de 2008, Processo n.º 008B2977 (Salvador da Costa), o tribunal considerou que “[...] estamos perante uma excepção ao que se prescreve no n.º 1 do artigo 342.º, prevista genericamente no n.º 2 do artigo 344.º, ambos do Código Civil”.

<sup>(80)</sup> Em princípio, caberá ao aderente que pretenda beneficiar do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, a alegação e a prova do carácter não negociado das cláusulas integrantes do contrato.

<sup>(81)</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de Setembro de 2006, Processo n.º 0632114 (Ana Paula Lobo).

contrato as cláusulas que não lhe hajam sido comunicadas <sup>(82)</sup>.

Um tal entendimento, mais do que afirmar a existência de um ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais — que assim residiria na esfera do aderente —, procura evidenciar quais as consequências que advêm da não invocação da violação da regra plasmada no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

Com efeito, defende-se que se o aderente não alega a não comunicação de cláusulas contratuais gerais como forma de obviar à sua inclusão no concreto contrato, não só é o predisponente exonerado de fazer prova de que aquela comunicação ocorreu <sup>(83)</sup>, como ainda se encontra vedado ao tribunal o conhecimento da questão <sup>(84)</sup>.

Esta orientação não merece, contudo, o nosso acolhimento.

Por um lado, apoiando-nos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Março de 2010 <sup>(85)</sup>, consideramos que mesmo que o aderente não suscite a questão da não

---

<sup>(82)</sup> Neste sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2003, Processo n.º 03B1384 (Araújo Barros), no qual se refere que, “[...] se ao contratante que apresenta as cláusulas contratuais gerais incumbe provar que cumpriu adequadamente os deveres de comunicação e de informação, certo é que só terá que o fazer se o outro contratante invocar, em sede alegatória, que tais deveres não foram cumpridos”. Também assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 04B4826 (Araújo Barros), ao concluir que, “[...] previamente à prova de que a comunicação e informação existiram e foram adequadas, subsiste o ónus, para aquele que se quer fazer valer da violação desses deveres, de alegar a respectiva facticidade [...]”; e o Acórdão da Relação do Porto, de 19 de Abril de 2012, Processo n.º 6228/08.STBVFR.P2 (Leonel Seródio), ao considerar “[...] cabe[r] ao destinatário da cláusula que pretende afastá-la [...] esse ónus de alegação, competindo ao predisponente, diante de tal alegação, alegar e provar o efectivo cumprimento dos mencionados deveres [de comunicação e informação]”.

Na doutrina, aparentemente pugnando pela indispensabilidade de o aderente alegar previamente a não comunicação de cláusulas contratuais gerais, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 184, ao afirmar: “Cabe a quem apresentou as cláusulas provar o cumprimento dos requisitos de comunicação legalmente impostos, no caso de o seu incumprimento ser alegado pela outra parte”; e ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 250, ao salientar que, “[...] se depois de celebrado um contrato com base em cláusulas contratuais gerais, o aderente vier impugnar o contrato (ou uma parte do seu clausulado), alegando que não o conheceu, não tem ele de provar que lhe não foram concedidas possibilidades de conhecimento. Ao invés, é ao predisponente que cabe a prova de que cumpriu esta obrigação [...]” (sublinhado nosso). O mesmo entendimento parece ser perfilhado por ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., p. 133, quando, ao autonomizar o ónus da prova da comunicação do ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais, entende “[...] dever concluir-se que o ónus de alegação incumbe ao aderente ou destinatário das cláusulas [...]”.

<sup>(83)</sup> *Vide* as referências da nota anterior.

<sup>(84)</sup> Referindo a impossibilidade de o tribunal conhecer a questão por falta de alegação do aderente, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 184 (nota 502), que remete para o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Junho de 2010, Processo n.º 5611/03.0TVLSB.L1.S1 (Bettencourt de Faria). *Vide*, ainda, o já citado (nota 82) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Abril de 2012, onde, a propósito dos poderes de cognição do tribunal de recurso, se escreveu: “[...] atendendo que só em sede de alegações o recorrente veio suscitar a questão da falta de comunicação [...], a mesma não pode ser atendida. De resto, como é entendimento uniforme na doutrina e jurisprudência o tribunal de recurso apenas conhece de questões suscitadas no tribunal recorrido, excepto se forem de conhecimento oficioso”.

<sup>(85)</sup> Processo n.º 1860/07.0TVLSB.S1 (Santos Bernardino).

comunicação <sup>(86)</sup>, uma tal circunstância não afasta a necessidade de o predisponente provar que procedeu de acordo com o disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, nomeadamente, se este último visa valer-se do conteúdo das cláusulas contratuais gerais <sup>(87)</sup>. E a validade desta conclusão decorre, desde logo, do artigo 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, preceito segundo o qual: “*Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que baseiam as exceções invocadas*” <sup>(88)</sup>.

De facto, sempre que a parte utilizadora de cláusulas contratuais gerais pretenda prevalecer-se de uma ou mais dessas cláusulas, para tanto as invocando, sobre ela impenderá o ónus de alegar e, consequentemente, o ónus de provar os factos essenciais de onde flua ter a comunicação ocorrido com respeito pelo preceituado no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 <sup>(89)</sup>, independentemente, repete-se, de o aderente suscitar, ou não, a falta (ou a deficiência) da comunicação das cláusulas em causa.

Por outro lado, também não vemos como possa encontrar-se condicionado pela alegação do aderente, o conhecimento pelo tribunal da questão da não comunicação, atenta a consequência jurídica determinada pelo artigo 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 446/85.

Conforme se dirá *infra*, ao considerar *excluídas* dos contratos, “[a]s cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º” <sup>(90)</sup>, parece ter o legislador pretendido sancionar com vício tão ou mais grave do que a nulidade aquelas cláusulas. Como tal, e

---

<sup>(86)</sup> Porque não funda o pedido que dirige ao tribunal, ou a sua defesa, naquele facto.

<sup>(87)</sup> Conforme ali se decidiu: “Invocando, assim, o teor de concretas cláusulas contratuais gerais para se eximirem à satisfação das obrigações decorrentes dos contratos [...], impendia sobre os recorrentes [predisponentes] o ónus da prova (e de alegação) de terem comunicado aos autores [aderentes] essas cláusulas, [...] sem dependência de qualquer alegação por parte dos autores/recorridos”.

<sup>(88)</sup> Correspondendo, no essencial, ao anterior artigo 264.º, n.º 1, do Código de Processo Civil de 1961, note-se que, também a orientação que sufraga o entendimento de que sobre o aderente impende um ónus de alegação, parte deste mesmo normativo para afirmar estar dependente daquela alegação a prova a fazer pelo predisponente, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85. *Vide*, a propósito, o *supra* citado (nota 82) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2003, bem como, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Dezembro de 2010, Processo n.º 2732/07.3TBFLG.G1.S1 (Serra Baptista). Com efeito, considera-se que, cabendo às partes o ónus de alegar os factos tidos por necessários à defesa das suas posições, é ao aderente, que pretenda a exclusão das cláusulas contratuais gerais não comunicadas, que incumbe trazer ao processo os factos que sustentem uma tal pretensão e que, desde logo, traduzam a inobservância por parte do predisponente do ónus de comunicação.

<sup>(89)</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Outubro de 2008 (citado na nota 74), no qual o tribunal entendeu que “[...] não [impende] sobre o aderente o ónus de alegação e prova de que as cláusulas em causa não lhe foram previamente comunicadas [...]”, antes é sobre o predisponente “[...] que recai o ónus de alegação e prova dos factos pertinentes à demonstração de que foram cumpridos os deveres de comunicação [...]”. Cfr., ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Abril de 2008, Processo n.º 0832041 (Fernando Baptista), e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Abril de 2009, Processo n.º 958/06.6TVLSB.L1-7 (Dina Monteiro), ao também destacarem incumbir à parte utilizadora de cláusulas contratuais gerais os ónus de alegação e prova da comunicação de tais cláusulas.

<sup>(90)</sup> Cf. artigo 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 446/85.

atendendo a que, nos termos do artigo 286.º do Código Civil, “[a] nulidade [...] *pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal*”, por igualdade ou maioria de razão, deve concluir-se constituir matéria de conhecimento oficioso a questão relativa à não comunicação/exclusão de cláusulas contratuais gerais <sup>(91)</sup>.

Assim, não obstante a falta de alegação por parte do aderente, se dos factos constantes do processo resultar que a comunicação das cláusulas contratuais gerais não teve lugar observado o disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, e desde que garantido o princípio do contraditório (cf. art. 3.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Civil), não só pode, como *deve* o tribunal conhecer da questão da não comunicação das cláusulas, determinando a sua exclusão do contrato.

Concluimos, assim, no sentido de sobre aderente não impender um qualquer ónus de alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais, do qual dependa quer a prova a fazer pelo predisponente nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85, quer o conhecimento pelo tribunal da matéria atinente à não comunicação de tais cláusulas.

### **3.4. Consequência jurídica da não comunicação de cláusulas contratuais gerais**

Inobservado que seja este ónus que impende sobre o predisponente/utilizador de cláusulas contratuais gerais, consideram-se estas excluídas do contrato. É a consequência que resulta do artigo 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85.

Ao reportar-se o artigo 8.º à *exclusão* de cláusulas dos contratos, o normativo em causa em nada contribui para o esclarecimento da questão que se tem colocado ante a nossa doutrina e jurisprudência, de saber se estas cláusulas uma vez excluídas são tidas por inexistentes ou

---

<sup>(91)</sup> Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Março de 2011, Processo n.º 1007/06.0TBFLG.G1.S1 (Fernando Bento).

nulas <sup>(92)</sup>. Não nos cabendo, atento o objecto do nosso estudo, desenvolver a questão sobre qual o vício que afecta as cláusulas que não tenham sido comunicadas, e apesar de ser nosso entendimento que o propósito do legislador ao ter optado pela referência à exclusão foi o de distinguir em termos sancionatórios estas hipóteses dos casos de nulidade, reputando tais cláusulas de inexistentes <sup>(93)</sup>, consideramos, de todo o modo, que no mínimo sempre as afectará vício tão ou mais grave do que a nulidade <sup>(94)</sup>.

Excluídas as cláusulas, os contratos singulares manter-se-ão, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (cf. art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85 e art. 239.º do Código Civil). Esta regra da subsistência dos contratos singulares apenas cede em duas hipóteses, sancionando com a nulidade os contratos quando, não obstante o recurso às normas supletivas, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (cf. art. 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85).

Atento este quadro, pareceria num primeiro momento que quando em juízo se discutisse da comunicação ou não comunicação de cláusulas contratuais gerais segundo o preceituado no referido diploma, uma vez provada a não comunicação das mesmas, *rectius*,

---

<sup>(92)</sup> Pronunciando-se no sentido da nulidade das cláusulas contratuais não comunicadas, por considerar que para todos os efeitos elas se haviam incluído no contrato por mero efeito da aceitação, não obstante virem agora a ser dele excluídas, *vide* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, cit., p. 310. Com efeito, o autor defendia a existência material daquelas cláusulas, pelo que ao caso a sanção que melhor caberia seria a nulidade, aliás em conformidade com o preceituado na Directiva sobre cláusulas abusivas que não prevê de todo em todo a “exclusão” das cláusulas contratuais gerais não comunicadas. Cfr., porém, o mesmo autor em escrito posterior — *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora 2002, p. 322: “Todas essas cláusulas, pelo circunstancialismo de que se revestem, são pura e simplesmente *excluídas* do contrato. Têm-se por *não escritas*. Mais do que simples nulidade, afecta-as autêntica *inexistência jurídica*. O contrato, *em princípio*, permanece de pé, mas *esvaziado* de tais cláusulas, que se mostram desprovidas de qualquer valor ou efeito, ainda que provisório ou secundário”. Neste último sentido, também assim, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 378-379 (nota 322); e JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas contratuais gerais — DL n.º 446/85 - Anotado. Recolha Jurisprudencial*, cit., p. 64. *Vide* ainda, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 251, que não obstante não se referir expressamente à inexistência jurídica, considera que: “É radical a solução da nossa lei, pois determina que as cláusulas [...] não chegam sequer a fazer parte do conteúdo do contrato singular celebrado: [...] o mesmo é dizer que se têm *como não escritas*”. Para ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., pp. 214 e 271, estaremos diante uma hipótese de nulidade, apenas sendo de considerar inexistentes aquelas cláusulas que sejam comunicadas já depois da conclusão do contrato.

<sup>(93)</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Junho de 2009, Processo n.º 626/1998.L1-2 (Maria José Mouro); e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Março de 2011, citado (nota 91).

<sup>(94)</sup> *Vide*, a propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Março de 2008, Processo n.º 434/04.1TBVNO.C1 (Graça Santos Silva), no qual se escreveu: “Acontece que nos termos do artº 8º do DL 446/85 se consideram (mais do que nulas) excluídas dos contratos singulares [...] as cláusulas contratuais gerais [...]”.



não provada a comunicação das mesmas (pois que é ao predisponente que cabe fazer prova da comunicação das cláusulas), estas ter-se-iam por excluídas nos termos do artigo 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85, subsistindo porém os contratos singulares conforme disposto no artigo 9.º do mesmo diploma.

A solução, contudo, não é tão linear. Da análise de algumas das decisões proferidas pelos nossos tribunais, sublinha-se o facto de, em determinadas circunstâncias, invocando o aderente a violação do ónus de comunicação — como forma de obviar à inclusão no contrato de cláusulas sobre as quais não deu o seu consentimento —, esta sua conduta ser enquadrada pelas nossas instâncias no domínio do abuso de direito.

#### **4. A invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais: abuso de direito?**

Uma vez concluído o contrato sem que a comunicação de cláusulas contratuais gerais que o visam integrar tenha ocorrido nos termos previstos no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, sucede, não raramente, que o aderente cumpre durante certo período de tempo e de forma reiterada o contrato assim celebrado, sem nunca suscitar, durante todo aquele lapso temporal, a não comunicação daquelas cláusulas.

Constata-se que a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais, quando ocorre, situa-se já numa fase avançada da execução do contrato, sendo desencadeada por uma situação de crise da relação contratual. Ou seja, na maior parte das vezes, só quando confrontado com uma concreta situação de vida que lhe é desfavorável, é que o aderente acaba por tomar conhecimento efectivo do conteúdo das cláusulas contratuais e até da sua existência (!), só nesse momento reagindo contra a sua inclusão no contrato.

Chamados a pronunciar-se sobre esta realidade, os nossos tribunais têm questionado a admissibilidade do comportamento revelado pelo aderente, considerada a posição do predisponente que “inesperadamente” se vê confrontado com a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais.

Com efeito, pergunta-se: poderá o aderente valer-se da não comunicação de cláusulas contratuais gerais depois de decorrido um certo período de tempo sobre a celebração do contrato? Ou será que o cumprimento reiterado do contrato sem a suscitação da inobservância

da regra especial do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, integrando um *factum proprium*, obsta àquela alegação, sob pena de comportamento contraditório? Em suma, corresponderá a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais ao exercício ilegítimo de um direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil? <sup>(95)</sup>

#### 4.1. A divergência jurisprudencial

Atento o lapso temporal, mais ou menos extenso, que vai desde a conclusão do contrato singular até à invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais, parte da jurisprudência vai no sentido de considerar como abusiva — por ultrapassagem manifesta dos “limites impostos pela boa fé” (cf. art. 334.º do Código Civil) — a conduta do aderente que de modo reiterado cumpre o contrato, vindo apenas a alegar a omissão ou deficiência da comunicação muito posteriormente àquele primeiro momento <sup>(96)</sup>.

Argumenta-se, em síntese, que a reiteração do aderente no cumprimento de um contrato, cujas cláusulas contratuais gerais não lhe foram comunicadas, é não só tradutora da conformação daquele com o conteúdo de tais cláusulas, como é ainda susceptível de criar na contraparte uma situação de confiança objectivamente justificada e digna de tutela, pelo que, não obstante a comunicação não ter ocorrido segundo o modo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, não pode o aderente pretender prevalecer-se desse mesmo facto sob pena de incorrer em comportamento contraditório.

Acresce que, para esta orientação, na medida em que (também) ao aderente incumbe a adopção de um certo grau de diligência na tomada de conhecimento das cláusulas que integram o contrato, não se afigura como razoável a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais após o decurso de um longo período de tempo, sobretudo nos

---

<sup>(95)</sup> Refira-se que se à semelhança do sufragado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Maio de 2015, Processo n.º 2107/08.7TBVIS.L1 (Maria da Conceição Saavedra), se entender que por em causa estar matéria de conhecimento oficioso não pode, por esse facto, convocar-se o instituto do abuso de direito, a discussão em torno da legitimidade/ilegitimidade do comportamento do aderente que invoca a não comunicação de cláusulas contratuais gerais perde o seu sentido. De todo modo, é esta uma questão sobre a qual não nos iremos debruçar na medida em que a mesma não é privativa do domínio das cláusulas contratuais gerais, colocando-se em termos mais amplos em sede de abuso de direito.

<sup>(96)</sup> Cfr., a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de Março de 2013, Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1 (Filipe Carço). Outros acórdãos serão referenciados ao longo da presente exposição.

casos em que tendo-lhe sido facultada cópia do contrato (ainda que depois da sua conclusão), o aderente não se presta à sua leitura. A posse física do contrato para além de poder constituir prova bastante de que a comunicação teve lugar, permitiria assim ao aderente conhecer a todo o tempo, de modo completo e efectivo, a existência e o conteúdo das cláusulas contratuais gerais que o integram.

Em sentido contrário se pronuncia outra parte da jurisprudência. Recusando o carácter abusivo do comportamento do aderente que só muito mais tarde invoca a não comunicação de cláusulas contratuais gerais, esta outra orientação considera que a reiteração no cumprimento do contrato não pode significar conformação do aderente com o teor de cláusulas que não lhe hajam sido comunicadas, nem muito menos é idónea a desencadear a tutela da confiança da parte que recorrendo a cláusulas contratuais gerais nos contratos que celebra não procede de acordo com o preceituado no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85. Mesmo o argumento da posse física do contrato por banda do aderente não surge como suficiente para se considerar como abusiva a conduta deste último.

Por um lado, e como se salienta no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Dezembro de 2013 <sup>(97)</sup>, porque não lhe foram prévia e adequadamente comunicadas, as cláusulas contratuais não estão assim abrangidas pelo acordo alcançado entre aderente e predisponente, sendo perfeitamente normal que só por uma concreta circunstância que afecta os seus interesses o aderente passe a ter conhecimento de certas cláusulas, ainda que decorrido um largo período de tempo.

Por outro lado, e mesmo que objectivamente se considere que a conduta do aderente pode conduzir a que a outra parte confie no facto de que a questão da não comunicação não seria invocada, haverá ainda que averiguar da boa fé da parte confiante, entendendo-se consequentemente que a omissão da comunicação sempre afasta a tutela da confiança. Determinante é apurar se a comunicação prevista no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 ocorreu e se sim se foi observado aquele modo particular, não dependendo a efectivação dessa comunicação da conduta (quer anterior quer posterior) do aderente.

Note-se que ambas as orientações aqui sumariamente expostas não contestam que a comunicação de cláusulas contratuais gerais deve fazer-se segundo o disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, ou seja, que as referidas cláusulas devem ser comunicadas pelo

---

<sup>(97)</sup> Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1 (Maria Clara Sottomayor).

predisponente na íntegra, adequada e atempadamente de modo a tornar possível o seu conhecimento a um aderente de normal diligência, sob pena de as mesmas se terem por excluídas, nos termos do artigo 8.º, alínea *a*), do mesmo diploma. A divergência apenas surge quanto à adequação/inadequação da aplicação do abuso de direito no que tange à invocação da questão da não comunicação pelo aderente, nomeadamente, após um período de tempo sensivelmente longo de regular cumprimento do contrato <sup>(98)</sup>.

Oscilando a nossa jurisprudência entre um e outro sentido, antes de procedermos à análise dos principais argumentos que estão na base de uma tal divergência, permitimo-nos fazer algumas precisões no que ao critério do abuso de direito concerne, considerado o artigo 334.º do nosso Código Civil.

#### 4.2. O artigo 334.º do Código Civil

O artigo 334.º do Código Civil consagra entre nós a figura do abuso de direito <sup>(99)</sup>.

Segundo este normativo, o exercício de um direito pelo seu titular deve conter-se dentro dos “*limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”, sob pena de ilegitimidade sempre que tais limites sejam excedidos

---

<sup>(98)</sup> Veja-se que na hipótese de a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais ocorrer decorrido um curto período de tempo sobre a celebração do contrato, é posição dominante na jurisprudência não constituir tal comportamento um abuso de direito. Um paralelo com a hipótese em análise pode ser encontrado no âmbito do crédito ao consumo, relativamente à invocação pelo consumidor da nulidade do contrato de crédito por falta de entrega de um exemplar. Sobre este último ponto *vide*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Maio de 2010, Processo n.º 674/08.4TBSJM-A.P1 (Soares de Oliveira), no qual se defendeu a inaplicabilidade da figura do artigo 334.º do Código Civil à invocação da nulidade do contrato por parte do consumidor, visto o mesmo não ter pago, desde logo, a primeira prestação. Cfr., ainda JORGE MORAIS CARVALHO/MICHAEL TEIXEIRA, “Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade – Ac. do TRP de 14.11.2011, Proc. 13721/05”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 42, Abril/Junho, Braga, CEJUR, 2013, pp. 36-52 (p. 50 e ss.).

<sup>(99)</sup> Figura controversa, para cuja formulação e posterior desenvolvimento se mostrou de suma importância o papel da jurisprudência, o “abuso de direito” originou um intenso e profuso debate doutrinal (desde logo quanto à sua admissibilidade enquanto conceito jurídico), que, por razões que contendem com os limites que ao presente estudo se impõem, optamos por não abordar. De resto, indica e desenvolve as diversas posições ensaiadas pela doutrina no domínio da construção científica do abuso de direito, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, 2.ª reimpressão da edição de 1973, Coimbra, Almedina, 2005, p. 285 e ss.. Exaltando o contributo da jurisprudência, AUGUSTO DA PENHA-GONÇALVES, “O abuso do direito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 41, II, Lisboa, 1981, pp. 475-509 (p. 478); e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, II, Lisboa, 2005, pp. 327-385 (p. 369). Para uma perspectiva dos antecedentes históricos da figura, e em especial sobre a receção do abuso de direito no ordenamento jurídico português, *vide*, para além de FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *ob cit.*, pp. 47-50 e 99 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 335 e ss., e *Da boa fé no Direito Civil*, 5.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 672-718; e AUGUSTO DA PENHA-GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 478 e ss..

de forma manifesta.

Reproduzindo quase sem alterações o artigo 281.º do Código Civil grego <sup>(100)</sup>, o preceito apresenta-se como uma fórmula dotada de grande amplitude e elevada imprecisão, muitas vezes criticada pela doutrina <sup>(101)</sup>, sobretudo pela expressa remissão que nela se faz para aqueles dois primeiros limites.

Efectivamente, com as referências nada criteriosas à boa fé e aos bons costumes confundem-se distintos e autónomos princípios regulativos, o que para além de não contribuir para uma delimitação precisa dos contornos do abuso de direito, torna possível o aflorar de uma jurisprudência pouco coerente, que partindo, na sua argumentação, da afirmação de que a concepção de abuso de direito plasmada no artigo 334.º do Código Civil é uma concepção objectiva, vem a final demonstrar-se receptiva a construções como as de MANUEL DE ANDRADE ou VAZ SERRA, ao remeter de forma algo irreflectida (senão quase mecânica) para um critério que vê no abuso de direito algo de “intoleravelmente ofensivo do nosso sentido ético-jurídico”, uma “clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante” <sup>(102)</sup>.

Sendo também nossa convicção que uma correcta leitura e interpretação do sentido da figura a que o artigo 334.º do Código Civil procurou dar corpo (ainda que de modo imperfeito), a pressupor o acolhimento de uma genuína concepção objectiva, passa pela asserção de que para o abuso de direito ser chamado a intervir, não se torna necessária a existência de uma intenção de causar prejuízo a outrem por parte do titular do direito, nem sequer se lhe exige a consciência do carácter abusivo da sua conduta <sup>(103)</sup>, parece-nos que de uma tal premissa não se pode extrair — contrariamente ao que vem a ser amplamente sufragado pela doutrina e jurisprudência de forma algo acrítica — a conclusão de que para

---

<sup>(100)</sup> Artigo 281.º do Código Civil grego: “*O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do mesmo direito*”. Tradução conforme JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 50.

<sup>(101)</sup> Vide, entre outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, cit., p. 266 e ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., p. 55 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 109 e ss.; MARIA REGINA GOMES REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano X/XI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984/1985, pp. 193-226 (pp. 197-198).

<sup>(102)</sup> Assim, por exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Abril de 2008, e de 4 de Outubro de 2011, citados (notas 89 e 70, respectivamente).

<sup>(103)</sup> Cfr. AUGUSTO DA PENHA-GONÇALVES, “O abuso do direito”, cit., p. 498; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., pp. 31 e 44-45; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, cit., p. 277; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª reimpressão da edição de 1992, Coimbra, Almedina, 2009, p. 282; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª reimpressão da 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 545.

aplicação da figura do abuso de direito é, assim, bastante a verificação de uma ultrapassagem manifesta dos limites a que expressamente se reporta o preceito em análise <sup>(104)</sup>. Pois se é um facto ter-se o artigo 334.º do Código Civil distanciado de uma certa concepção tradicional, que entendia que o exercício abusivo de um direito implicava por parte do seu titular uma intenção emulativa <sup>(105)</sup>, há, porém, a salientar que com a devolução do controlo do abuso de direito para os princípios da boa fé e dos bons costumes, se faz reentrar, em última instância, a intervenção de parâmetros de índole subjectiva <sup>(106)</sup>, que ao apelarem a uma “consciência jurídica comunitária”, abrem caminho a uma indesejável submissão dos direitos subjectivos a valorações de ordem ética e moral, nos quadros do que, quanto a nós, deve constituir-se como uma *ultima* ou “*extrema ratio* no itinerário da sindicância da ilicitude” <sup>(107)</sup>.

Julgamos ser assim, desde logo, de relativizar a importância que, no propósito de contornar as dificuldades surgidas na aplicação do artigo 334.º, a doutrina (seguida de uma vasta jurisprudência) tem concedido à identificação de um conjunto de comportamentos tidos por tipicamente abusivos como forma de concretização da boa fé no contexto do abuso de direito <sup>(108)</sup>, e de que o *venire contra factum proprium* <sup>(109)</sup> constitui exemplo. E se de algum modo a questão atinente à invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais passa pela análise do comportamento do aderente considerada a proibição do *venire contra factum proprium* enquanto expressão do abuso de direito, deixamos nota que uma tal análise

---

<sup>(104)</sup> Vide, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Janeiro de 2010, já citado (nota 67), e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Julho de 2009, Processo n.º 369/09.01YFLSB (Oliveira Rocha).

<sup>(105)</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume comemorativo do 75.º ano, Coimbra, 2003, pp. 269-322 (p. 316).

<sup>(106)</sup> Veja-se que no que à boa fé concerne, mesmo que se considere que no artigo 334.º do Código Civil está em causa a boa fé em sentido objectivo, como refere JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., p. 56 (nota 110) “[...] na medida em que se exige a valoração da conduta dos sujeitos, têm de ser tomados em conta elementos subjectivos [...]”.

<sup>(107)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 117.

<sup>(108)</sup> Vide, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 719 e ss., indicando e desenvolvendo a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque*, e o desequilíbrio no exercício jurídico.

<sup>(109)</sup> O *venire contra factum proprium*, nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 742., “[...] traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”. Em causa estão, pois, dois comportamentos do mesmo sujeito, que lícitos em si mesmos, se apresentam, contudo, como contraditórios (*idem, ibidem*, p. 745). O primeiro desses comportamentos integra o *factum proprium* que vem *a posteriori* a ser contrariado pelo segundo, sendo que, como salienta JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «*venire contra factum proprium*»”, in *João Baptista Machado — Obra dispersa*, Volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 345-423 (p. 385), “[...] a conduta sobre que incide a valoração negativa é a conduta presente, sendo a conduta anterior apenas ponto de referência para, tendo em conta a situação entretanto criada, se ajuizar da legitimidade da conduta actual [...]”.

constituindo mera hipótese de trabalho, se justifica pelo imperativo de considerar todos os argumentos aduzidos pela nossa jurisprudência no tratamento do problema.

Certos de que a aferição da ilegitimidade do exercício de um direito cumpre realizar-se por referência a critérios estritamente objectivos, consideramos, apoiando-nos na lição de ORLANDO DE CARVALHO, que o controlo do abuso de direito há de necessariamente dimanar da ideia de que, enquanto “instrumento do poder de autodeterminação da pessoa e mecanismo de tutela da respectiva autonomia” <sup>(110)</sup>, que no jogo da composição dos interesses se reconduz a uma “situação de prevalência de um interesse sobre outro” <sup>(111)</sup>, o direito subjectivo (em sentido amplo) deve ser desenvolvido com respeito pelos limites daquele poder de autodeterminação, de acordo com a função para que juridicamente se reconhece este último e que consiste na prossecução de interesses <sup>(112)</sup>.

Assumidos os direitos subjectivos como instrumentos ao serviço de um poder vinculado funcionalmente à satisfação de interesses, o problema do abuso de direito vem, assim, a reconduzir-se à indagação sobre se no exercício de um direito, o seu titular se determinou ou não pela realização/afirmação do interesse que desencadeou o reconhecimento desse direito, se respeitou ou antes transpôs os limites do poder de autodeterminação <sup>(113)</sup>. Daí que na análise do comportamento do aderente que invoca a não comunicação de cláusulas contratuais gerais, haja fundamentalmente a considerar se com tal alegação o aderente ainda se determina pelo interesse de obviar à inclusão de cláusulas que não lhe foram dadas a conhecer oportuna e adequadamente, como meio de exclusivamente tutelar a sua vontade.

No entanto, se o desencadear do controlo do abuso de direito não prescinde da verificação de uma falta de correspondência entre a estrutura do direito e a função que ao mesmo se reconhece, a sua configuração como solução de natureza subsidiária exige concomitantemente a demonstração da susceptibilidade de o comportamento do titular do direito provocar um prejuízo significativo na esfera jurídica de outrem <sup>(114)</sup>. Assim se

---

<sup>(110)</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 101-103.

<sup>(111)</sup> *Idem, ibidem, loc. cit.*

<sup>(112)</sup> *Idem, ibidem*, pp. 118-120.

<sup>(113)</sup> Como refere ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 119: “O abuso de direito é justamente um abuso porque se utiliza o direito subjectivo para fora do poder de se usar dele”. No mesmo sentido, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., p. 43: “Os direitos subjectivos são instrumentos para as pessoas prosseguirem interesses, são meios de satisfação de necessidades pessoais [...]. Logo, se se invoca um direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade, essa invocação é espúria, pois tal comportamento não pode então traduzir as faculdades em que o direito se analisa”.

<sup>(114)</sup> Assim, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., pp. 43-44.

compreende, do ponto de vista do artigo 334.º do Código Civil, a necessidade de o comportamento do titular do direito ter de revestir o carácter de um *excesso manifesto*. Onde os interesses de outrem não sejam substancialmente prejudicados não pode falar-se em verdadeiro abuso.

## **5. O decurso do tempo e a reiteração no cumprimento do contrato**

Expostos a breve trecho os pressupostos que, quanto a nós, devem ser levados em conta na aferição da ilegitimidade no exercício dos direitos, é tempo de analisarmos os argumentos sobre os quais se debate a jurisprudência para ajuizar da adequação ou inadequação da aplicação do abuso de direito aos casos em que o aderente cumprindo de modo regular e durante um período temporal mais ou menos amplo, surge, todavia, perante o tribunal a invocar a não comunicação de cláusulas contratuais gerais.

### **5.1. A pretensa conformação do aderente com o teor de cláusulas contratuais gerais não comunicadas**

A primeira das orientações jurisprudenciais a que fizemos menção, partindo precisamente da consideração do decurso do tempo e da reiteração no cumprimento do contrato, encontra em tal facto argumento bastante para condenar como abusiva, na modalidade de *venire contra factum proprium*, a conduta do aderente que invoca a questão da não comunicação já muito depois do momento da conclusão do contrato, e assim impedir que a exclusão das cláusulas não comunicadas tenha lugar, nos termos do artigo 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85 <sup>(115)</sup>.

Com efeito, como também já referimos, esta parte da jurisprudência entende essa atitude reiterada como demonstrativa da conformação do aderente com o conteúdo de

---

<sup>(115)</sup> Veja-se que não se nega aí que, se a comunicação a que se refere o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 não ocorreu, nesse sentido, se deveriam ter por excluídas as ditas cláusulas. Entende-se, porém, que a invocação da não comunicação em momento muito posterior obsta a que a consequência jurídica determinada pelo artigo 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85, opere.



cláusulas que, apesar de não comunicadas com estrita observância dos requisitos previstos no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, ele também nunca, até àquele momento, colocou em causa como integrando o concreto contrato. É dizer, tomando em consideração uma conduta de regular cumprimento por um extenso período de tempo, parece presumir-se o conhecimento do aderente relativamente àquela(s) cláusula(s) que porque não comunicada(s) ele visa ver excluída(s) do contrato.

Mas poder-se-á presumir esse conhecimento, essa conformação? Salvo melhor opinião, entendemos que não.

Conforme se escreveu *supra*, no domínio da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais, a necessidade de tutela do aderente ao nível da formação da vontade, reside na falta de interesse que este demonstra na tomada de conhecimento e ponderação do conteúdo de tais cláusulas, considerados os obstáculos que estas, em si mesmas, lhe colocam. Sendo este um comportamento do aderente que, na esteira de SOUSA RIBEIRO, consideramos como “típico” e “não censurável”, entendemos que o mesmo não se verifica somente na fase pré-contratual.

De facto, esta falta de motivação, e as razões que a justificam, encontram-se também patentes no momento posterior à conclusão do contrato, pelo que, quanto a nós, seguindo-se o entendimento feito pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Outubro de 2011 <sup>(116)</sup>, se o predisponente não procede à comunicação das cláusulas contratuais gerais de acordo com o preceituado no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, não faz sentido (logo por aqui) presumir que, porque decorreu um considerável período de tempo, durante o qual o contrato foi cumprido reiteradamente sem nunca se ter suscitado a questão da não comunicação, o aderente tomou conhecimento e se conformou com o conteúdo de tais cláusulas <sup>(117)</sup>. Aliás, como se afirmou no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2012 <sup>(118)</sup>, “[...] frequentemente, só depois de decorrido algum tempo, quando ocorre uma situação de incumprimento, é que o contratante aderente se apercebe do sentido

---

<sup>(116)</sup> Citado (nota 70).

<sup>(117)</sup> Pode ler-se no referido acórdão: “O facto do réu [aderente] durante este período [de dois anos] nada ter dito quanto à violação dos deveres de comunicação e informação não permite concluir, desde logo, no sentido de que este se conformou com o teor das cláusulas constantes das condições gerais e que as aceitou nos seus precisos termos [...]”. No mesmo sentido, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009, Processo n.º 1179/08.9TJPRT.P1 (Ana Paula Amorim).

<sup>(118)</sup> Processo n.º 1693/2002.L1-6 (Maria Teresa Pardal).

de algumas cláusulas [...]” <sup>(119)</sup>, ao que acresce o facto de a questão da não comunicação poder ser suscitada a todo o tempo, pois como vimos, em matéria de cláusulas contratuais gerais não comunicadas, é nossa opinião que sempre as afectará vício tão ou mais grave do que a nulidade <sup>(120)</sup>.

E não se diga — como aparentemente defendido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Maio de 2011 <sup>(121)</sup>, com base no artigo 5.º, n.º 2, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 446/85 — que, ainda que o predisponente não logre provar a comunicação das cláusulas contratuais gerais, o legislador impõe ao aderente a adopção de um comportamento diligente na tomada de conhecimento de tais cláusulas, mesmo *depois* da celebração do contrato <sup>(122)</sup>.

Em primeiro lugar, porque, como decorre do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, para que se considere existir a possibilidade do efectivo e completo conhecimento das cláusulas contratuais gerais por parte do aderente, exige o legislador que a comunicação seja realizada “na íntegra”, “de modo adequado”, como, note-se bem, com a “antecedência necessária”. Por conseguinte, e apesar de, à semelhança da adequação, a oportunidade da comunicação variar de acordo com a “importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas”, mostra-se fundamental garantir que ao aderente foi possibilitado o conhecimento das cláusulas *previamente* (não posteriormente!) à celebração do contrato <sup>(123)</sup>.

Em segundo lugar, porque da referência que no artigo 5.º, n.º 2, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 446/85, se faz ao padrão do aderente de “comum diligência”, não resulta, já o escrevemos, relativamente a ele, uma qualquer prescrição de comportamento <sup>(124)</sup>. Como bem se observou

---

<sup>(119)</sup> É no mínimo duvidoso que o aderente, a quem, antes da celebração do contrato, não foram devidamente comunicadas as cláusulas contratuais gerais, assuma *a posteriori* (na fase de execução do contrato) uma postura interessada no conhecimento do seu conteúdo, enquanto não confrontado com divergências relativamente aos direitos e às obrigações decorrentes para cada uma das partes. Com efeito, a não ter ocorrido uma comunicação adequada e efectiva, na maior parte das vezes, a própria existência das cláusulas permanece até aquele momento desconhecida do aderente.

<sup>(120)</sup> *Vide supra*, pp. 31-32.

<sup>(121)</sup> Processo n.º 2657/09.8TJLSB.L1-8 (Catarina Arêlo Manso), no qual, apesar de dar-se como provada a comunicação das cláusulas postas em causa pelo aderente, defende-se que mesmo que por hipótese assistisse razão ao aderente, sempre teria este agido com abuso de direito ao invocar a não comunicação decorridos 28 anos de vigência do contrato sem que tivesse pedido qualquer informação acerca do mesmo.

<sup>(122)</sup> Também no já referido (nota 96) Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de Março de 2013, o tribunal considerou que não tendo o predisponente/utilizador provado “[...] que a comunicação das cláusulas contratuais foi efetuada com antecedência necessária e adequada ao perfeito conhecimento das cláusulas gerais e avaliação da vantagem, para o A. [aderente], de contratar em conformidade”, todavia, “[...] nada fazia supor que o A. [aderente], ao fim de tanto tempo [seis anos], não lera e não compreendesse o teor hialino [...]” da cláusula que coloca em causa com a invocação da violação do ónus da comunicação.

<sup>(123)</sup> Neste sentido, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 242: “[...] quanto ao ónus de possibilitar ao cliente [aderente] o conhecimento das condições gerais, deve ele seguramente cumprir-se antes que a contraparte se vincule de forma definitiva” (sublinhado nosso).

<sup>(124)</sup> *Vide supra*, pp. 24-25.

no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Outubro de 2009 <sup>(125)</sup>, “[...] estando o contrato submetido ao regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro [...]”, em matéria de “comunicação”, é o predisponente quem tem de desenvolver toda uma actividade capaz de colocar o aderente em posição de tomar conhecimento das mencionadas cláusulas, conformando-se para tanto com um tal critério de diligência, “[...] e não se quedar pelos pedidos de esclarecimento que o aderente possa formalizar”.

O que não significa, repete-se, que se por hipótese o futuro aderente não se interessa por conhecer as cláusulas que passarão a integrar e a reger o contrato, não devam as mesmas considerar-se naquele incluídas, uma vez demonstrado pelo predisponente o acatamento do ónus da comunicação que sobre si impende (cf. artigos 5.º, n.º 3 e 8.º, alínea *a*), *a contrario*, do Decreto-Lei n.º 446/85).

Mas mesmo que assim não se entenda, isto é, ainda que se considere uma tal referência como portadora de um alcance prescriptivo quanto ao aderente, saliente-se que, nem por isso, o predisponente se encontra dispensado de desenvolver os esforços necessários para tornar possível à contraparte o “conhecimento completo e efectivo” das cláusulas contratuais gerais que pretenda ver integradas no contrato <sup>(126)</sup>.

Considerando, na esteira do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Abril de 2010 <sup>(127)</sup>, que a finalidade última que subjaz ao ónus da comunicação, previsto pelo legislador no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, é a de permitir ao aderente

“[...] conhecer, com a necessária antecipação relativamente ao momento da consumação do negócio o respectivo conteúdo contratual, de modo a **poder apreendê-lo**, nas suas efectivas e reais consequências práctico-jurídicas, outorgando-lhe, deste modo, um **espaço de reflexão e ponderação** sobre o âmbito e dimensão das vinculações que lhe irão resultar da celebração do negócio”,

não pode pretender-se deslocar a questão relativa à comunicação de cláusulas contratuais

---

<sup>(125)</sup> Processo n.º 1248/2002.L1-6 (Olindo Geraldes).

<sup>(126)</sup> Como nota ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 241: “[...] não pode esquecer-se que é sobre o utilizador que a lei faz recair o encargo de comunicar na íntegra à contraparte as cláusulas contratuais gerais, a fim de que estas possam ser incorporadas no contrato singular, pelo que não basta a invocação de um “dever saber” que recairia sobre o cliente [aderente], quer no que concerne à *normal utilização* de condições gerais pelo proponente nos contratos que habitualmente celebra, quer no que respeita ao *conteúdo* dessas condições”.

<sup>(127)</sup> Processo n.º 3501/06.3TVLSB.C1.S1 (Lopes do Rego).

gerais da esfera do predisponente para a esfera do aderente, onerando este último com a necessidade de desenvolver por si só a actividade essencial para que o conhecimento de tais cláusulas se efective <sup>(128)</sup>, e presumindo-se um tal conhecimento apenas com base numa atitude de passividade por ele demonstrada durante um longo período de tempo.

De resto, parece-nos que a orientação que pugna pela conformação do aderente com o teor de cláusulas contratuais gerais não comunicadas, esquece a destrição operada pelo legislador no Decreto-Lei n.º 446/85 entre o “ónus da comunicação” previsto no seu artigo 5.º e o “dever de informação” a que se reporta o artigo 6.º.

Com efeito, ao argumentar que mesmo que as cláusulas não lhe tenham sido comunicadas, o aderente deve, tanto no momento anterior à celebração do contrato como na fase de execução contratual, ser diligente e solicitar todos os esclarecimentos que julgue necessários à compreensão do conteúdo do contrato, um tal entendimento não leva em consideração que esses pedidos de esclarecimento se inscrevem já no âmbito do artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, e apenas têm razão de ser no que concerne a cláusulas que tenham sido comunicadas <sup>(129)</sup>.

## 5.2. Posse física de um exemplar do contrato

Em conexão com o argumento da conformação do aderente com o teor de cláusulas não comunicadas, a opinião que vê na alegação da não comunicação uma conduta abusiva, sustenta ainda que, a posse física de um exemplar do contrato por parte do aderente não só poderá assumir-se como prova suficiente de que a comunicação ocorreu — o que, desde logo, afastaria a questão do abuso de direito <sup>(130)</sup> —, mas também possibilitaria ao aderente o conhecimento a todo o tempo das cláusulas contratuais gerais que integram o contrato singular, mesmo nos casos em que aquela prova não é alcançada pelo predisponente.

---

<sup>(128)</sup> Também assim, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, cit., p. 242, quando refere que “[...] não é o cliente [aderente] quem deve, *por iniciativa própria*, tentar efectivamente conhecer as condições gerais, é ao utilizador que compete *proporcionar-lhe condições para tal*”.

<sup>(129)</sup> Vide o que escrevemos *supra*, pp. 26-27.

<sup>(130)</sup> De facto, se o predisponente/utilizador prova, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85, a “comunicação adequada e efectiva”, as cláusulas consideram-se incluídas no contrato singular, desaparecendo o pressuposto de que depende a apreciação da questão atinente ao abuso de direito na invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais.

No que concerne à questão da prova, não duvidamos que em algumas hipóteses a posse física de uma cópia do contrato possa constituir prova de que a comunicação ocorreu, designadamente se a entrega do exemplar se verificou em momento prévio à conclusão do contrato. Todavia, como se escreveu *supra* <sup>(131)</sup>, não obstante tal entrega ter ocorrido antes da celebração do contrato, sempre haverá que aferir da complexidade e extensão do clausulado para determinar se se mostra preenchido o requisito da “*antecedência necessária*” <sup>(132)</sup>.

Por outro lado, e ainda que se verifique a comunicação atempada das cláusulas, impõe-se averiguar se com a entrega de um exemplar do contrato se procedeu a uma comunicação na íntegra e adequada. Como vimos, não basta a comunicação prévia para se afirmar a observância do ónus da comunicação pelo predisponente. Os pressupostos de que o legislador faz depender a comunicação de cláusulas contratuais gerais têm de mostrar-se cumpridos de modo cumulativo.

Posto isto, na sequência do que temos vindo a defender ao longo deste estudo, apesar de a posse física de um exemplar do contrato poder possibilitar ao aderente o conhecimento, a todo o tempo, das cláusulas contratuais gerais que dele constam, na verdade, as mesmas só deverão ser consideradas parte integrante do contrato celebrado se, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85, o predisponente provar a sua integral, prévia e adequada comunicação <sup>(133)</sup>.

Sendo esta uma conclusão que decorre de modo inequívoco da lei, poderá questionar-se se a mesma se mantém válida no caso de o predisponente, não obstante ter inobservado a regra da comunicação do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, demonstrar, todavia, o posterior e efectivo conhecimento (não a existência de uma mera possibilidade de conhecimento) das cláusulas pelo aderente que suscita a questão da não comunicação.

Em sentido afirmativo, merecendo a nossa concordância, responde JORGE MORAIS

---

<sup>(131)</sup> *Vide*, pp. 26 e 42.

<sup>(132)</sup> Um interessante caso em que se se considerou como não preenchido o requisito da “*antecedência necessária*”, é o do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Março de 2015, Processo n.º 766/14.0TVLSB.L1-1 (João Ramos de Sousa), onde em causa estavam três contratos de mútuo, dois no valor de € 1.537.500,00 e um no valor de € 1.075.00,00, celebrados entre um banco alemão e três sociedades comerciais. O tribunal considerou que não obstante as cláusulas contratuais gerais terem sido lidas e o seu conteúdo explicado pela notária, aquando da outorga das escrituras, tal leitura e explicação, a ocorrerem apenas no momento da assinatura, não permitia concluir pela adequação e, sobretudo, pela oportunidade da comunicação.

<sup>(133)</sup> Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Novembro de 2012, Processo n.º 7183/10.0TBMTS-A.P1 (Márcia Portela), reforçando que “[...] só assim se salvaguarda a autonomia provada [leia-se: privada] da parte contratual mais desprotegida, que exista uma vontade livre e esclarecida no momento da contratação”.

CARVALHO, ao referir que: “A alínea *a*) do artigo 8.º sanciona a não comunicação adequada e efectiva com a exclusão das cláusulas do contrato, independentemente de o aderente conhecer ou não a cláusula” <sup>(134)</sup> (sublinhado nosso). Adoptar entendimento diverso, tal como o que decorre do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009 <sup>(135)</sup> — no qual apesar de não se dar como provado o conhecimento das cláusulas de um contrato de seguro por parte do aderente, derivado do facto de as mesmas não terem sido comunicadas segundo o procedimento previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei, n.º 446/85, se considerou, todavia, que o desfecho seria diverso caso o predisponente alegasse e provasse a prática de factos pelo aderente que permitissem concluir pelo conhecimento (ainda que posterior) das referidas cláusulas <sup>(136)</sup> —, redundaria, quanto a nós, na frustração do objectivo tido em mente pelo legislador.

Efectivamente, o estabelecimento deste tipo de distinção, funciona num sentido que consideramos não se enquadrar nas pretensões decorrentes da lei, ao fazer perigar a tutela que ao aderente se reconheceu como necessária <sup>(137)</sup>. Se pensarmos que, na hipótese de as cláusulas não serem dotadas de uma complexidade extrema que exigisse do aderente especiais conhecimentos para a sua compreensão, ao predisponente/utilizador de cláusulas contratuais gerais que, por exemplo, procedesse à entrega de uma cópia do contrato já depois da celebração do mesmo, bastaria alegar e provar que o aderente o lera como forma de o vincular, estava assim encontrada uma potencial forma de o predisponente contornar as exigências colocadas ao nível do procedimento de transmissão de cláusulas contratuais gerais, em todos aqueles casos em que o aderente viesse suscitar a questão da sua não comunicação em momento muito posterior ao da celebração do contrato.

Como via de solução, numa tentativa de impedir a efectiva inclusão no contrato de cláusulas contratuais gerais que não lhe foram dadas a conhecer oportunamente, ao aderente restaria lançar mão dos mecanismos do direito comum, fazendo intervir, designadamente, o regime geral do erro, que como vimos continua a ser aplicável por força da referência que no

---

<sup>(134)</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 185.

<sup>(135)</sup> Citado (nota 117).

<sup>(136)</sup> No mesmo sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in MONTEIRO, António Pinto (dir.), *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pp. 389-424 (p. 402).

<sup>(137)</sup> Sobre a necessidade de tutela *vide supra*, p. 12 e ss..

artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85 se faz à *aceitação*.

Ora, o que se verifica é que a protecção derivada da aplicação de uma tal categoria geral é manifestamente insuficiente <sup>(138)</sup>, desde logo, porque como nota OLIVEIRA ASCENSÃO <sup>(139)</sup>, não só a mesma funciona em limites muito estreitos, como é ainda conducente à exigência de o aderente/enganado interpor uma acção de anulação do contrato, o que revelar-se-ia como impraticável no campo da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais.

## 6. A tutela da confiança da parte utilizadora de cláusulas contratuais gerais

Mas se para a orientação jurisprudencial que sustenta a tese da adequação do recurso ao artigo 334.º do Código Civil, a conduta de reiteração do aderente no cumprimento do contrato, exacerbada pelo decurso de tempo, afirma-se como factor determinante na demonstração da conformação deste com o conteúdo de um clausulado que (em todo ou em parte) não lhe foi dado a conhecer oportuna e adequadamente, a mesma só adquire efectiva relevância porquanto se projecta na esfera jurídica do predisponente, ao revelar aí uma situação que se mostra carecida de protecção fruto das expectativas entretanto geradas.

Ao considerar que com a invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais o aderente incorre em abuso de direito por comportamento contraditório face à conduta assumida anteriormente (*venire contra factum proprium*), a tutela da confiança da parte utilizadora de cláusulas contratuais gerais vem assim a surgir, para esta opinião, como o derradeiro fundamento da paralisação do direito do aderente em alegar a questão da não comunicação.

Sobre a importância a conceder à proibição de *venire* no campo do abuso de direito tivemos já oportunidade de nos pronunciar no sentido da sua relativização, pelo que o que neste ponto cumpre analisar é — a admitir-se uma concepção de abuso de direito tal como a

---

<sup>(138)</sup> Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 738/12.0TBCVL.C1.S1 (Maria dos Prazeres Beleza), no qual se considerou que: “A imposição dos deveres de comunicação e de informação a quem se limita a aderir a cláusulas contratuais pré-definidas justifica-se pela habitual desigualdade fáctica dos contraentes e pela consequente inadequação do regime geral da relevância da falta e vícios da vontade aos casos em que o aderente vem a verificar que o conteúdo concreto do contrato que assinou, afinal, não corresponde ao que lhe atribuíra” (sublinhado nosso).

<sup>(139)</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, cit., pp. 216-217.

adoptada pela maioria da jurisprudência — se nos casos em que o aderente invoca o facto da não comunicação decorrido um período de tempo mais ou menos extenso de regular cumprimento do contrato, estamos diante uma hipótese que permita desencadear a protecção da confiança com base na proibição do *venire contra factum proprium* <sup>(140)</sup>.

Como refere PAULO MOTA PINTO, “[u]ma das funções essenciais do Direito é sem dúvida assegurar expectativas” <sup>(141)</sup>. Com efeito, no domínio das relações interpessoais, um ordenamento jurídico que não leve em conta a imprescindibilidade de tutelar essas expectativas e a confiança legítima por elas gerada, esquece que “[...] *poder confiar* é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens” <sup>(142)</sup>, que contribui de modo inegável para um propósito de segurança jurídica.

Uma tal asserção, que se apresenta, para nós, como válida, não deve, no entanto, ser entendida em termos absolutos, no sentido de exigir-se dos indivíduos uma total congruência ao nível dos comportamentos assumidos. Assim, se por um lado, o ordenamento jurídico se demonstra receptivo à admissibilidade de uma proibição de comportamento contraditório (ou *venire contra factum proprium*) enquanto concretização de um princípio da tutela da confiança — este por seu turno concretização do princípio da boa fé <sup>(143)</sup> —; por outro lado, cumpre reconhecer que a tutela da confiança apenas deve manifestar-se em situações que particularmente a justifiquem. Daí que a doutrina, com uma outra diferença na sua ordenação, aponte um conjunto de pressupostos jurídicos dos quais depende a aplicação da proibição de *venire contra factum proprium* <sup>(144)</sup>.

---

<sup>(140)</sup> Apesar da frequente recondução à proibição de comportamento contraditório, parece-nos que a configuração como um caso de “preclusão” (ou *Verwirkung*) seria mais acertada, considerado que o decurso do tempo constitui um elemento fundamental na hipótese em causa. Para mais desenvolvimentos em torno desta última figura vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, cit., pp. 421-423, salientando as similitudes e diferenças com o *venire contra factum proprium*, dando nota, porém, que as mais das vezes a inadmissibilidade do exercício do direito resultará em simultâneo da proibição do *venire* e da *Verwirkung*; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 797 e ss., preferindo o autor o termo *supressio*; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, cit., pp. 290-292.

<sup>(141)</sup> PAULO MOTA PINTO, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, cit., p. 272, seguindo de perto a lição de JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, cit., p. 346 e ss..

<sup>(142)</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, cit., p. 352.

<sup>(143)</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 753 e ss. (sobretudo p. 758).

<sup>(144)</sup> Refira-se, porém, que como nota PAULO MOTA PINTO, é de rejeitar a aplicação automática da proibição pela mera enumeração e verificação dos pressupostos no caso concreto. Estes deverão ser “globalmente ponderados, *in concreto*, para se averiguar se existe efectivamente uma “*necessidade ético-jurídica*” de impedir a conduta contraditória [...]”.



Segundo a lição de Baptista Machado <sup>(145)</sup> (de resto a mais citada pelos nossos tribunais) para o desencadear da proibição haverá que verificar-se:

— Uma *situação objectiva de confiança* — que tem necessariamente de derivar de uma “[...] conduta de alguém que de facto possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante em relação a dada situação futura” (o *factum proprium*);

— Um *investimento na confiança* a par da *irreversibilidade desse investimento* — fundando-se no *factum proprium*, o confiante “[...] toma disposições ou organiza planos de vida de que lhe surgirão danos, se a sua confiança legítima vier a ser frustrada”, devendo, porém, os danos demonstrar-se *irremovíveis* através de um qualquer outro meio;

— A boa fé da contraparte que confiou — o confiante só será digno de tutela se se encontrar de boa fé “[...] e tenha agido com cuidado e precauções usuais no tráfico jurídico”.

Por aplicação destes pressupostos à hipótese que somos de tratar, é, desde logo, nosso entendimento a insusceptibilidade de a conduta anterior do aderente fundar uma situação objectiva de confiança. Pois, se é verdade que o *factum proprium* é integrado pelo cumprimento do contrato de modo reiterado e durante um período de tempo significativo por parte do aderente, de uma tal circunstância não se pode, porém, retirar a conclusão de que a questão da não comunicação não viria a ser por ele alegada, ou seja, de que o aderente se vinculou à não invocação de um tal facto. Não apenas porque, como já afirmamos, não colhe o argumento de uma pretensa conformação do aderente com o teor de cláusulas que não lhe hajam sido comunicadas, mas, sobretudo, porque consideramos que a opção do legislador ao determinar a exclusão de tais cláusulas (cf. art. 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85) não pode ser interpretada no sentido de o aderente se encontrar temporalmente limitado na actuação do seu direito. Assumir-se uma tal posição equivaleria a negar-se uma protecção

---

<sup>(145)</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, cit., pp. 415-419. *Vide*, ainda, a proposta formulada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., pp. 758 e ss. e 1243 e ss..

eficaz ao aderente no preciso momento em que este se visse confrontado com reais e efectivos problemas derivados do facto de só então vir a conhecer as cláusulas unilateralmente predispostas pela contraparte, que porque não devidamente comunicadas não constituíram objecto do acordo que se estabeleceu entre as partes.

A invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais pelo aderente, mesmo que decorrido um longo período de tempo, a constituir uma contradição, é, quanto a nós, uma contradição legítima, na medida em que a mesma funciona como um mecanismo que visa, em última instância, contrabalançar a desigualdade posicional que, como vimos, neste domínio se estabelece entre as partes contratantes, em prejuízo do aderente <sup>(146)</sup>. Pode ler-se, a este propósito, no já citado <sup>(147)</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 2013:

“[...] sendo o *factum proprium* um facto voluntário, ao qual se aplicam as disposições respeitantes às declarações de vontade, deve entender-se que um *factum proprium*, que foi praticado num contexto de falta de liberdade negocial e de falta de informação, pode ser contraditado, sem que tal signifique violação da boa fé ou da confiança da outra parte”.

Mas mesmo que por hipótese se considere a conduta do aderente como “uma tomada de posição vinculante”, ponderada a situação na sua globalidade, afigura-se-nos que o comportamento omissivo do predisponente na transmissão das cláusulas não permitirá, na generalidade dos casos, o preenchimento do pressuposto da boa fé do confiante, tornando assim inoperante a tutela da confiança.

Estabelecido que a regra da comunicação consubstancia tão só um ónus do predisponente <sup>(148)</sup>, desse mesmo facto deriva a constatação de que o utilizador de cláusulas contratuais gerais não se encontra como que obrigado a proceder à comunicação. Repete-se: o predisponente apenas terá de respeitar o preceituado pelo legislador nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, na exacta medida em que pretenda a inclusão de cláusulas contratuais gerais nos concretos contratos que celebra.

Revelar-se-ia, por conseguinte, em nosso entendimento, excessivo e inadequado garantir a tutela das expectativas a uma parte contratante que pretendendo prevalecer-se do

---

<sup>(146)</sup> Cfr. DENIS MAZEAUD, “Les contradictions légitimes au détriment d’autrui en droits des contrats”, in BEHAR-TOUCHAIS, Martine (dir.), *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, Paris, Economica, 2001, (Collection Études Juridiques), pp. 127-145 (p. 135).

<sup>(147)</sup> *Vide supra*, p. 35 (nota 97).

<sup>(148)</sup> *Vide supra*, pp. 22-23.

conteúdo de cláusulas contratuais gerais, todavia não as integra no processo comunicativo, ou fazendo-o não observa o procedimento estabelecido pelo legislador no concernente ao modo e ao tempo da “comunicação”.

Essas expectativas e a confiança pelas mesmas gerada são, quanto a nós, infundadas, pois que parece-nos mesmo que, com particular frequência, essa omissão se configura como um comportamento deliberado, como uma forma de o predisponente impedir que o aderente antes da celebração do contrato conheça com exactidão as vinculações a que se encontraria adstrito pela celebração do contrato.

## **7. Posição adoptada. A legitimidade do comportamento do aderente e a insusceptibilidade da sua recondução aos quadros do abuso de direito. Excepções**

Pensamos ter dito o suficiente para poder deduzir-se qual a nossa posição relativamente à questão da invocação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais por parte do aderente num momento muito posterior à fase de conclusão do contrato. Consideramos, assim, no seguimento do entendimento perfilhado pela segunda orientação jurisprudencial que expusemos — não obstante a mesma continuar a partir de uma concepção de abuso que vem afinal a introduzir elementos de pendor subjectivo, e com a qual não concordamos —, que, na maioria dos casos que pudemos analisar, aquele comportamento do aderente é um comportamento legítimo, insusceptível de ser enquadrado no campo do abuso do direito do artigo 334.º do Código Civil.

Com efeito, analisando o problema em causa segundo uma concepção objectiva de abuso de direito, verificamos que o aderente que invoca o facto da não comunicação decorrido um lapso de tempo mais ou menos extenso de cumprimento reiterado do contrato, ainda se determina pelo interesse de impedir a integração no contrato de cláusulas que ou não lhe foram de todo comunicadas ou que tendo-o sido não lhe foram dadas a conhecer oportuna e adequadamente, como meio de tutelar eficazmente a sua vontade e assim a sua autonomia privada.

Há, em nossa opinião, para além de um problema no que ao critério do abuso de direito tange — de resto transversal a ambas as correntes jurisprudenciais aqui mencionadas

—, um problema na avaliação da conduta do aderente, por parte das instâncias que entre nós classificam de abusiva a alegação da não comunicação de cláusulas contratuais gerais. Na verdade, constata-se que de modo recorrente, e quanto a nós incorrecto, os tribunais que sufragam a tese da adequação do abuso de direito, atêm-se quase que em exclusivo na consideração e análise do comportamento revelado pelo aderente posteriormente à celebração do contrato, desconsiderando a importância de situar o debate sobre a matéria relativa à comunicação de cláusulas contratuais gerais em momento anterior à conclusão do contrato.

Julgamos, neste sentido, e fazendo uma breve resenha de alguns dos pontos por nós já focados aquando do rebate dos principais argumentos aduzidos por esta orientação, que uma correcta análise do tema objecto do nosso estudo há de necessariamente passar pela consideração de que visando o legislador português, através do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, tornar possível o “*conhecimento completo e efectivo*” das cláusulas contratuais gerais “*por quem use de comum diligência*” — como forma de garantir um real e efectivo consenso entre as partes —, e não advindo da lei para o aderente uma qualquer prescrição de comportamento <sup>(149)</sup>, esse ónus que impende sobre o predisponente/utilizador de cláusulas contratuais gerais apenas se mostrará acatado se este último demonstrar o desenvolvimento por si de uma actividade idónea, capaz de colocar o aderente em posição de, *previamente à celebração do contrato*, conhecer o clausulado, não obstante a oportunidade e a adequação da comunicação poderem variar na exacta medida da “*importância do contrato*” e da “*extensão e complexidade das cláusulas*” <sup>(150)</sup>.

De resto, a lei é clara: não sendo as cláusulas contratuais gerais comunicadas segundo o preceituado no artigo 5.º, as mesmas não se incluem nos concretos contratos (cf. artigo 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85). Um outro entendimento conduziria a um nivelamento ainda mais por baixo na matéria das cláusulas contratuais gerais, na medida em que encontrando-se normalmente do lado do predisponente uma empresa dotada de um amplo e estruturado aparelho organizativo, que não raramente se mune de prévios estudos relativos ao comportamento do seus futuros parceiros contratuais, a opção que aquele faz no sentido da utilização de esquemas negociais unilateralmente pré-elaborados e imodificáveis nos

---

<sup>(149)</sup> *Vide supra*, pp. 24-25.

<sup>(150)</sup> Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Novembro de 2012, citado (nota 133), ao referir que: “A comunicação das cláusulas contratuais gerais tem de ser prévia à celebração do contrato, não bastando o seu conhecimento em momento posterior”.

contratos que celebra, não só parte da ideia de uma quase sempre certa adesão por parte dos seus destinatários, como ainda, da constatação de que os mesmos tendem a adoptar uma atitude de inércia, de passividade se preferirmos, no que ao conhecimento de cláusulas contratuais gerais concerne, apenas reagindo as mais das vezes em momentos de crise da relação contratual.

Ora, se também defendemos que esta postura passiva por parte do aderente apesar de não censurável não merece ser sempre tutelada <sup>(151)</sup>, parece-nos que nos casos em que não tenha havido lugar a uma comunicação integral, adequada e oportuna, e apesar de o aderente invocar a não comunicação de alguma(s) das cláusulas contratuais gerais muito depois do momento da conclusão do contrato, a protecção a conceder-lhe pela interpretação e aplicação dos artigos 5.º e 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85, é mais do que justificada, pois só aí é que habitualmente o aderente se depara com a existência e o teor dessa(s) mesma(s) cláusula(s), não podendo essa sua atitude ser configurada como uma pretensa conformação com o conteúdo de cláusulas não comunicadas, nem tão pouco colhendo o argumento de o aderente estar, frequentemente, na posse física de um exemplar do contrato — sob o pretexto de uma tal circunstância lhe permitir aceder às cláusulas a todo tempo, mesmo que só depois da celebração do contrato. É o predisponente, repete-se, quem tem de desenvolver os esforços para a efectivação da “comunicação”, e com a “*antecedência necessária*” àquele momento, e não o contrário: a referência ao aderente de “*comum diligência*” visa tão só permitir que o predisponente determine e conforme a sua postura com um tal padrão. Se observa o procedimento previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 as cláusulas incluem-se nos contratos singulares, se não têm-se as mesmas por excluídas (cf. artigo 8.º, alínea *a*), do mesmo diploma).

A questão, uma vez que se prove a não comunicação, não pode, como referimos *supra* <sup>(152)</sup>, ser deslocada da esfera do predisponente para a esfera do aderente, onerando este último com a necessidade de desenvolver por si só os esforços para que o conhecimento das cláusulas contratuais gerais tenha lugar.

Paralisar o direito do aderente em invocar a questão da não comunicação de cláusulas

---

<sup>(151)</sup> Vide o que dissemos *supra*, pp. 24-25. Cfr., ainda o já citado (nota 71) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009, que a este propósito refere: “[...] o objectivo do legislador foi apenas o de proteger a parte mais fraca de eventuais abusos da parte mais forte e não o de proteger a parte mais fraca da sua falta de diligência”.

<sup>(152)</sup> Cfr. pp. 43-44.

contratuais gerais por via do artigo 334º do Código Civil, conduziria, atentas as considerações precedentes, a que fosse possível ao predisponente vincular o aderente a cláusulas que porque não comunicadas não eram aptas a fazer parte do acordo, sobre as quais não recaiu o consentimento por este prestado, e que apesar de não proibidas, passando pois o teste do controlo de conteúdo, não surgissem como as mais vantajosas para o interesse do aderente e daí o nivelamento por baixo.

Em última instância, consideradas as circunstâncias que usualmente surgem como intrínsecas a este meio de contratação, abrir-se-ia a porta à adopção de uma postura de inércia por parte do predisponente, que particularmente conhecedor do desinteresse do aderente, psicológica e economicamente justificado, poderia contar com a inclusão de cláusulas contratuais gerais não comunicadas, sempre que a invocação da não comunicação ocorresse decorrido certo lapso de tempo.

Por fim, se assumimos que a *ratio legis* ínsita a estas normas é a de protecção da vontade do aderente, veja-se que necessário se torna que com a invocação da não comunicação o aderente actue com base no fim para que tais normas foram concebidas e reconhecidas. Assim, não merecerá, desde logo, a tutela prevista nos artigos 5.º e 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 446/85, o aderente que invocando a não comunicação não procura mais do que furtar-se ao cumprimento do contrato, como frequentemente sucede no contexto da aquisição de viatura com recurso a crédito e de que constitui exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Janeiro de 2011 <sup>(153)</sup>. Numa hipótese destas, o aderente contrapõe ou invoca a não comunicação não porque desconhece a(s) cláusula(s), o que até pode revelar-se verdadeiro, mas porque não quer mais continuar vinculado pelo contrato.

---

<sup>(153)</sup> Processo n.º 340/09.3TBSRE.C1 (Emídio Santos).

## Conclusões

No domínio da contratação baseada em cláusulas contratuais gerais, os riscos de o aderente desconhecer as cláusulas que passarão a reger o contrato apresentam-se como muito superiores aos que derivam do esquema tradicional típico. Consciente de um tal facto o legislador português, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, decidiu intervir, consagrando, desde logo, no artigo 5.º do citado diploma um ónus de comunicação que impende sobre o predisponente/utilizador de cláusulas contratuais gerais.

Na avaliação sobre o acatamento de um tal ónus mostra-se fundamental a demonstração, por parte do predisponente, não apenas da integração das cláusulas contratuais gerais no processo de comunicação (n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85), como ainda a observância dos requisitos de tempo e de modo a que se refere a lei (n.º 2 do mesmo preceito), pois só assim se pode considerar que ao aderente foi concedida a possibilidade de conhecer de modo completo e efectivo tais cláusulas. Sempre que a prova dessa comunicação não seja lograda as cláusulas ter-se-ão por excluídas dos contratos (cf. arts. 5.º, n.º 3 e 8.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 446/85).

O facto de o aderente suscitar a questão da não comunicação de cláusulas contratuais gerais num momento muito posterior ao da celebração do contrato, quando confrontado com divergências relativas aos direitos e obrigações decorrentes para ambas as partes, não pode ser enquadrado no âmbito do abuso de direito, na medida em que uma tutela eficaz da sua vontade, não pode encontrar-se condicionada à invocação da questão da não comunicação num curto período de tempo, desconsiderando que, na maioria das vezes até ao momento de uma tal alegação, as cláusulas, porque não comunicadas, permanecem para o aderente desconhecidas.

## Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do abuso de direito*, Coimbra, Almedina, 1983.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2005.
- , *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013.
- ANTUNES, Ana Filipa Moraes, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, II, Lisboa, 2000, pp. 573-595.
- , *Direito Civil — Teoria Geral*, Volume III - Relações e situações jurídicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in MONTEIRO, António Pinto (dir.), *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pp. 389-424.
- BARROS, José Manuel de Araújo, *Cláusulas contratuais gerais — DL n.º 446/85 - Anotado. Recolha Jurisprudencial*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- CARVALHO, Jorge Moraes, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012.
- CARVALHO, Jorge Moraes Carvalho/TEIXEIRA, Micael, “Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade – Ac. do TRP de 14.11.2011, Proc. 13721/05”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 42, Abril/Junho, Braga, CEJUR, 2013, pp. 36-52.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CLIVE, Eric, (vide VON BAR, Christian/CLIVE, Eric).
- CORDEIRO, António Menezes, “Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, II, Lisboa, 2005, pp. 327-385.
- , *Tratado de Direito Civil*, Volume II - Parte Geral. Negócio Jurídico, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012.
- , *Da boa fé no Direito Civil*, 5.<sup>a</sup> reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013.
- , (vide COSTA, Mário Júlio de Almeida/CORDEIRO, António Menezes).
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.<sup>a</sup> edição (revista e actualizada), Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida/CORDEIRO, António Menezes, *Cláusulas contratuais gerais*



- *Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986.
- GUIMARÃES, Maria Raquel de Almeida Graça Silva, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> reimpressão da edição de 1992, Coimbra, Almedina, 2009.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald/MONTEIRO, Jorge Sinde, “A lei alemã para a regulamentação do regime das condições gerais de contratos”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 2, Julho/Dezembro, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979, pp. 417-441.
- KARIMI, Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, Paris, L.G.D.J., 2001, (Bibliothèque de droit privé).
- LIMBACH, Francis, *Le consentement contractuel à l’épreuve des conditions générales. De l’utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, L.G.D.J., 2004, (Bibliothèque de droit privé).
- MACHADO, João Baptista, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, in *João Baptista Machado — Obra dispersa*, Volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 345-423.
- MAZEAUD, Denis, “Les contradictions légitimes au détriment d’autrui en droits des contrats”, in BEHAR-TOUCHAIS, Martine (dir.), *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, Paris, Economica, 2001, (Collection Études Juridiques), pp. 127-145.
- MONTEIRO, António Pinto, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, III, Lisboa, 1986, pp. 733-769.
- , “O novo regime dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, I, Lisboa, 2002, pp. 111-142.
- , “Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3966, Ano 140, Jan.-Fev., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 138-143.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, (vide HÖRSTER, Heinrich Ewald/MONTEIRO, Jorge Sinde).
- NUNES, Pedro Caetano, “Comunicação de cláusulas contratuais gerais”, in FREITAS, José Lebre de... [et al.] (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 507-534.
- PENHA-GONÇALVES, Augusto da, “O abuso do direito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 41, II, Lisboa, 1981, pp. 475-509.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, n.ºs 2-3-4,

- Coimbra, Atlântida Editora, 1973, pp. 119-148.
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume comemorativo do 75.º ano, Coimbra, 2003, pp. 269-322.
- PRATA, Ana, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2010.
- REDINHA, Maria Regina Gomes, “Deliberações sociais abusivas”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano X/XI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984/1985, pp. 193-226.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, Almedina, 1990.
- , *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.
- , “O contrato, hoje: funções e valores”, in *Direito dos contratos — Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 35-56.
- SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.<sup>a</sup> edição (revista e aumentada), Coimbra, Almedina, 2001.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, 2.<sup>a</sup> reimpressão da edição de 1973, Coimbra, Almedina, 2005.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 77, Lisboa, 1958, pp. 127-217.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da responsabilidade contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003.
- TEIXEIRA, Micael, (vide CARVALHO, Jorge Morais Carvalho/TEIXEIRA, Micael).
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- , “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, in *O Direito*, Ano 127, III-IV, Lisboa, 1995, pp. 297-314.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- VON BAR, Christian/CLIVE, Eric, *Principles, definitions and model rules of european private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume I - Intr., princ., def.; I. — 1:101 to III. — 4:207, Oxford, Oxford University Press, 2010.

## Recolha jurisprudencial

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Fevereiro de 2000, Processo n.º 99A877 (Ribeiro Coelho), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2003, Processo n.º 03B1384 (Araújo Barros), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 04B4826 (Araújo Barros), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Janeiro de 2006, Processo n.º 05B4052 (Pereira da Silva), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de Setembro de 2006, Processo n.º 0632114 (Ana Paula Lobo), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Outubro de 2006, Processo n.º 06A2604 (Alves Velho), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Março de 2008, Processo n.º 434/04.1TBVNO.C1 (Graça Santos Silva), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2008, Processo n.º 1693/2002.L1-6 (Maria Teresa Pardal), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Abril de 2008, Processo n.º 0832041 (Fernando Baptista), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Outubro de 2008, Processo n.º 1589/07.9YXLBS.C1 (Isabel Fonseca), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Abril de 2009, Processo n.º 958/06.6TVLSB.L1-7 (Dina Monteiro), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Junho de 2009, Processo n.º 626/1998.L1-2 (Maria José Mouro), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Julho de 2009, Processo n.º 369/09.01YFLSB (Oliveira Rocha), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Outubro de 2009, Processo n.º 1248/2002.L1-6 (Olindo Galdes), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009, Processo n.º 872/08.0TBCHV.P1, (Maria Catarina), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Dezembro de 2009, Processo n.º 1179/08.9TJPRT.P1 (Ana Paula Amorim), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Janeiro de 2010, Processo n.º

- 2791/08.1TBPBL.C1 (Isaías Pádua), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Janeiro de 2010, Processo n.º 2963/07.6TVLSB.L1.S1 (Alves Velho), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Abril de 2010, Processo n.º 3501/06.3TVLSB.C1.S1 (Lopes do Rego), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Maio de 2010, Processo n.º 674/08.4TBSJM-A.P1 (Soares de Oliveira), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Junho de 2010, Processo n.º 5611/03.0TVLSB.L1.S1 (Bettencourt de Faria), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29 de Setembro de 2010, Processo n.º 165/08.3TBSTR-A.E1 (Maria Alexandra A. Moura Santos), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de Dezembro de 2010, Processo n.º 266/09.0TBLS.D.P1 (Pinto de Almeida), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Dezembro de 2010, Processo n.º 2732/07.3TBFLG.G1.S1 (Serra Baptista), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Janeiro de 2011, Processo n.º 340/09.3TBSRE.C1 (Emídio Santos), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de Janeiro de 2011, Processo n.º 4877/09.6TBGMR.G1, (Teresa Pardal), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Março de 2011, Processo n.º 1007/06.0TBFLG.G1.S1 (Fernando Bento), *in* *Vida Judiciária*, n.º 158, Jul./Ago./Set., Lisboa, Vida Económica, 2011, p. 63.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Março de 2011, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Granja da Fonseca), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Maio de 2011, Processo n.º 2657/09.8TJLSB.L1-8 (Catarina Arêlo Manso), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Outubro de 2011, Processo n.º 1341/08.4TJVNF.P1 (Rodrigues Pires), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão da Relação do Porto, de 19 de Abril de 2012, Processo n.º 6228/08.STBVFR.P2 (Leonel Serôdio), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Maio de 2012, Processo n.º 8335/03.4TVLSB.L1-1 (Pedro Brighton), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Novembro de 2012, Processo n.º 7183/10.0TBMTS-A.P1 (Márcia Portela), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de Março de 2013, Processo n.º

- 306/10.0TCGMR.G1 (Filipe Carço), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Dezembro de 2013, Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1 (Maria Clara Sottomayor), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 738-13.2TVLSB.L1-8 (Ilídio Martins), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 738/12.0TBCVL.C1.S1 (Maria dos Prazeres Beleza), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Março de 2015, Processo n.º 766/14.0TVLSB.L1-1 (João Ramos de Sousa), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.
  - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Maio de 2015, Processo n.º 2107/08.7TBVIS.L1 (Maria da Conceição Saavedra), *in* <<http://www.dgsi.pt>>.